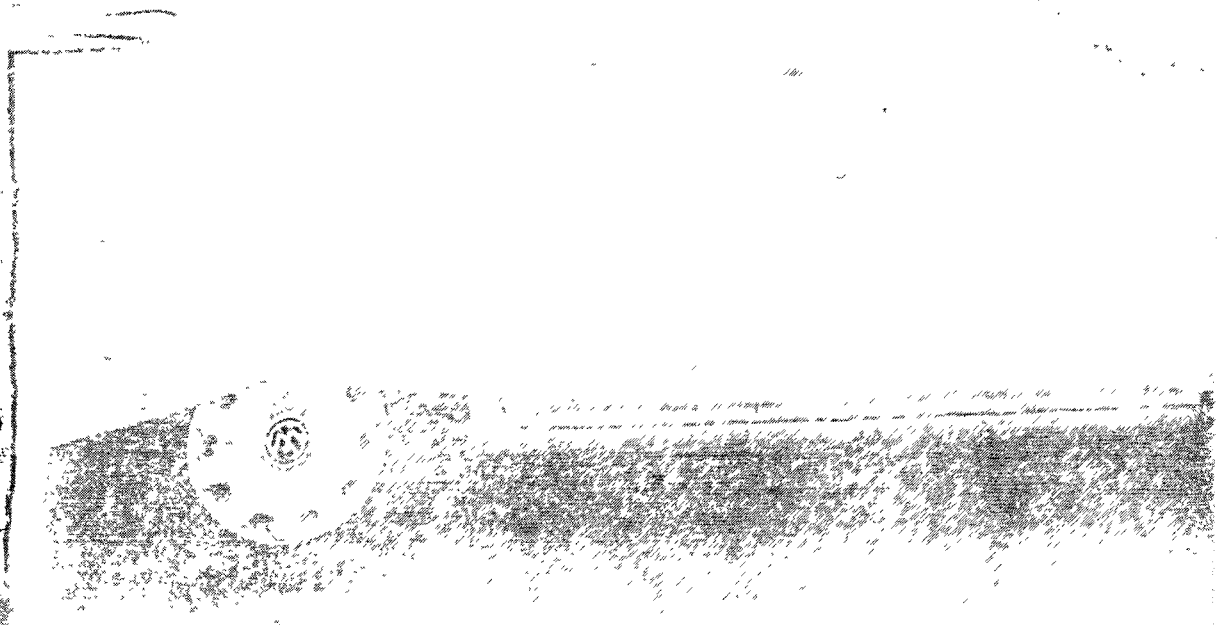


TRANSFORMACJE

P R A W A P R Y W A T N E G O



Redakcja
Janusz Molis
Dominika Mróz (sekretarz redakcji)
Marcin Spyra
Filip Wejman
Fryderyk Zoll (redaktor naczelny)

Skład, łamanie
Anna Atanaziewicz

Korekta
Agata Czuj

Projekt okładki
Filip Wejman

Fotografia na okładce
Filip Wejman

Wydawca
Uniwersytet Jagielloński
31-007 Kraków, ul. Gołębia 24

Adres redakcji
31-005 Kraków, ul. Bracka 12/205
tel. (0) 12 422 09 08
info@transformacje.pl, <http://transformacje.pl>

Druk
CYFRA 7
31-101 Kraków, pl. Na Groblach 4
tel. (0) 12 292 68 70
cyfra@cyfra7.com, <http://www.cyfra7.com>

ISSN: 1641-1609

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

Michał ARASZKIEWICZ, Polsko–ukraińskie seminarium „Ekonomiczna analiza prawa wypadków”	7
Małgorzata BOSZKO, Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner. Odszkodowanie za szkodę niematerialną oraz model odpowiedzialności odszkodowawczej w dyrektywie w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek.....	29
Anna KUROWSKA, Analiza instrumentów prawnych umożliwiających wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów	63
Dominika MRÓZ, Odpowiedzialność współnika spółki cywilnej za wady fizyczne i prawne wniesionego wkładu w świetle art. 862 k.c.....	79
Urszula WALCZAK, Geneza problemu w prawie europejskim i pojęcie szkody niemajątkowej	101

ARTYKUŁY

*Redakcja składa serdeczne podziękowania recenzentom
za życzliwą współpracę i pomoc.*

MICHAŁ ARASZKIEWICZ*

POLSKO-UKRAIŃSKIE SEMINARIUM „EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA WYPADKÓW”

1. WSTĘP

W dniach 7–8 lipca 2006 r. odbyło się w Krakowie, pod auspicjami Ośrodka Koordynacyjnego Szkół Praw Obcych przy Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, polsko-ukraińskie seminarium poświęcone ekonomicznej analizie prawa odpowiedzialności deliktowej. Uczestnikami seminarium byli Ukraińcy — studenci Szkoły Prawa Polskiego i Europejskiego w Tarnopolu. Dzięki miłej propozycji OKSPO UJ miałem okazję pełnić funkcję koordynatora naukowego tego przedsięwzięcia. Niniejszy tekst stanowi próbę podsumowania seminarium oraz przedstawienia wniosków z jego przebiegu. Porządek rozważań jest następujący. W pierwszej kolejności krótko omawiam sylwetkę naukową autora tekstu, który był podstawą przeprowadzenia seminarium, a mianowicie Stevena Shavella. Komentarz zostaje również poświęcony wzmiankowanemu tekstowi, czyli *Ekonomicznej analizie prawa wypadków*¹, a ponadto innym tekstom Shavella oraz ich roli w dyskusji wokół ekonomicznej analizy prawa. W części drugiej prezentuję założenia, według których miało być przeprowadzone seminarium, oraz omawiam metodykę przygotowania materiałów dydaktycznych dla studentów. Jako ilustrację omawianych zagadnień prezentuję również obszernie wyjątki z pięciu zestawów tych materiałów. Część trzecia to analiza przebiegu seminarium. W części końcowej znaj-

* Doktorant w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz w Europejskim Kolegium Doktoranckim.

¹ Transformacje Prawa Prywatnego — numer amerykański 2005. Jest to tłumaczenie części podręcznika Stevena Shavella *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, 2004. Omawiana część jest zatytułowana *Accident Law*, tamże, s. 175–288.

duje się próba podsumowania dyskusji oraz wnioski, które być może okażą się przydatne dla organizatorów podobnych przedsięwzięć w przyszłości.

2. SYLWETKA NAUKOWA STEVENA SHAVELLA. *EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA WYPADKÓW* STEVENA SHAVELLA

Steven Shavell, profesor Harvard Law School², jest jednym z najbardziej znaczących przedstawicieli ekonomicznej analizy prawa w nauce amerykańskiej. Jest autorem czterech książek oraz ponad stu artykułów o tej tematyce. Zainteresowania naukowe Shavella są bardzo rozległe; jest on autorem ważnych prac dotyczących zarówno prawa umów³, jak i alternatywnych metod rozstrzygania sporów (*Alternative Dispute Resolution*)⁴, a nawet prawa i polityki penitencjarnej⁵. Steven Shavell jest również, wraz z Louistem Kaplowem, współautorem kontrowersyjnej koncepcji teoretyczno-prawnej, według której jedynym kryterium oceny regulacji prawnej powinna być maksymalizacja dobrobytu społecznego, nie zaś słuszność czy sprawiedliwość unormowań. Koncepcja ta została obszernie wyłożona w książce *Fairness versus Welfare*⁶, a także we wcześniejszych i późniejszych artykułach⁷. Wywołała ona w nauce bardzo ożywioną dyskusję⁸, i chociaż trzeba przyznać, że krytycy słusznie wytknęli autorom błędy, takie jak kolidująca argumentacja, niejasność ujęcia dobrobytu jednostki oraz dosyć swobodne traktowanie poważnych problemów etyczno-prawnych, to należy podkreślić, że debata ta miała ostatecznie pozytywne skutki. Mianowicie, pozwoliła wyjaśnić wiele nieporozumień wokół normatywnej ekonomicznej analizy prawa, dotyczących głównie relacji pomiędzy teoretycznymi rozstrzygnięciami o charakterze ekonomicznym, etycznym i politycznym.

² Adres strony internetowej Stevena Shavella: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/>.

³ Na przykład *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 Bell Journal of Economics 466, 1980.

⁴ *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, 24 Journal of Legal Studies 1, 1995.

⁵ *On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence*, 28 Journal of Legal Studies 1, 1999 (współautor Mitchel Polinsky).

⁶ Harvard University Press, 2002 (współautor Louis Kaplow).

⁷ L. Kaplow, S. Shavell: *The Conflict Between Notions of Fairness and the Pareto Principle*, 1 American Law and Economics Review 63, 1999; ciż sami: *Any Non-welfarist Method of Policy Assessment Violates the Pareto Principle*, 109 Journal of Political Economy 281, 2001; ciż sami: *Fairness Versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences and Distributive Justice*, 32 Journal of Legal Studies 331, 2003; ciż sami: *Reply to Ripstein: Notes on Welfarist versus Deontological Principles*, 20 Economics and Philosophy 209, 2004.

⁸ Por. np. prace: J.L. Coleman: *The Grounds of Welfare*, 112 Yale Law Journal 1511, 2003; R. Craswell: *Kaplow and Shavell on the Substance of Fairness*, 32 Journal of Legal Studies 2003; D. Dolinko: *The Perils of Welfare Economics*, 97 Northwestern University Law Review 351, 2002; M. Dorff: *Why Welfare Depends on Fairness: a Reply to Kaplow and Shavell*, 75 Southern California Law Review 2002; D.A. Farber: *What (If Anything) Can Economics Say About Equity*, 101 Michigan Law Review 1791, 2003; W. Farnsworth: *The Taste for Fairness*, 102 Columbia Law Review 1992, 2002; A. Ripstein: *Too Much Invested to Quit*, 20 Economics and Philosophy 185, 2004; J. Waldron: *Locating Distribution*, 32 Journal of Legal Studies 277, 2003.

Bez wątpienia najbardziej istotną z dydaktycznego punktu widzenia publikacją Shavella jest podręcznik ekonomicznej analizy prawa pt. *Foundations of Economic Analysis of Law*. W jego ramach autor demonstruje, w jaki sposób można stosować narzędzia ekonomiczne do badania tak zróżnicowanych zagadnień, jak prawo umów, postępowanie sądowe, prawo karne czy wykonywanie prawa przez władzę publiczną. Tekst, który stanowił podstawę przeprowadzenia polsko-ukraińskiego seminarium („Ekonomiczna analiza prawa wypadków”), jest polskim tłumaczeniem jednego z rozdziałów tego podręcznika, poświęconego analizie prawa wypadków⁹. Jest to tekst ważny z co najmniej trzech powodów. Po pierwsze, stanowi on istotne wzbogacenie wciąż bardzo ubogiej polskojęzycznej literatury poświęconej problematyce ekonomiczno-prawnej¹⁰. Po drugie, jest to pierwszy polski przekład tekstu autorstwa znaczącego przedstawiciela tego nurtu w prawoznawstwie. Po trzecie, nad przekładem pracował zespół studentów Szkoły Prawa Amerykańskiego CUA–UJ we współpracy z Katedrą Prawa Cywilnego UJ, a pod redakcją Filipa Wejmana. Fakt, że studenci podjęli się tej niełatwej i czasochłonnej pracy, nie otrzymując za to punktów ani ocen, wskazuje, że jest to problematyka interesująca dla młodego pokolenia prawników.

Warto poświęcić kilka słów komentarza zawartości merytorycznej omawianego tekstu. Literalnie rzecz biorąc, dotyczy on prawa wypadków; kontynentalny prawnik powinien przez to rozumieć pewien wycinek problematyki dotyczącej prawa odpowiedzialności deliktowej. Shavell, co charakterystyczne dla jurysprudenencji amerykańskiej, nie poświęca uwagi na precyzyjne ustalenie stosunku zakresowego pomiędzy pojęciem deliktu (*tort*) i wypadku (*accident*); należy zresztą zauważyć, że tego typu rozważania byłyby w omawianym tekście po prostu zbędne. Shavell nie omawia bowiem konkretnych porządków prawnych, a jedynie identyfikuje pewne sytuacje społeczne i modeluje je w sposób ekonomiczny, by następnie zastanowić się, jakie rozwiązanie prawne doprowadziłoby do powstania sytuacji maksymalizującej dobrobyt społeczny. W modelach tych występują zasadniczo dwie grupy podmiotów: sprawcy wypadków oraz ofiary (poszkodowani). Zgodnie z założeniem ekonomicznej analizy prawa, podmioty te zachowują się w sposób ekonomicznie racjonalny¹¹, to znaczy dążą do maksymalizacji swojej użyteczności, w szczególności zaś starają się ograniczyć ponoszone przez siebie koszty. Założenie to jest kontrowersyjne i mocno krytykowane również przez przedstawicieli ekonomicznej

⁹ Por. przypis 1.

¹⁰ W języku polskim ukazały się następujące prace poświęcone ekonomicznej analizie prawa (stan na styczeń 2007 r.): K. Pawłusiewicz, B. Brożek: *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (uwagi krytyczne)*, Państwo i Prawo 2002, z. 12; R. Stroiński: *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2002, z. 3, tenże: *Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa (law and economics)* (w:) M. Bednarski, J. Wilkin (red.): *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, LexisNexis 2003; M. Araszkiewicz: *Ekonomiczna analiza odpowiedzialności deliktowej. Zasady — tło aksjologiczne — problemy konstrukcyjne*, Zeszyty Prawnicze TBSP UJ 2005, nr 13; J. Stelmach, B. Brożek: *Ekonomiczna analiza prawa (w:) ciż sami, Metody prawnicze*, wyd. 2, WoltersKluwer 2006.

¹¹ Por. na ten temat wnikiwe rozważania W. Żaluskiego w książce *The Limits of Naturalism: A Game-Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage*, Zakamycze 2006, s. 41–65.

analizy prawa¹², należy jednak pamiętać, że omawiany tekst jest fragmentem podręcznika, w którym przecież nie ma miejsca na rozstrząsanie zaawansowanych problemów teoretycznych. Shavell rozpoczyna swe analizy od bardzo prostych modeli tzw. wypadków jednostronnych, tzn. takich, w których jedynie sprawcy mają wpływ na ryzyko zajścia wypadków¹³. Również repertuar wielkości pojawiających się w modelach jest początkowo ubogi: obejmuje jedynie poziom staranności sprawców, koszt ich staranności, prawdopodobieństwo wypadku, oczekiwane szkody i całkowity koszt społeczny¹⁴. W kolejnych partiach tekstu pojawiają się coraz bardziej rozbudowane modele; autor bierze pod uwagę między innymi poziom aktywności sprawców¹⁵ oraz nastawienie podmiotów względem ryzyka¹⁶. Modele te stanowią podstawę analizy takich instytucji prawnych jak na przykład reżim odpowiedzialności za wypadki (różne warianty zasady winy oraz zasady ryzyka¹⁷), odpowiedzialność przedsiębiorstwa za szkody wywołane jego działalnością¹⁸, odpowiedzialność przełożonego za szkody wyrządzone przez podwładnego¹⁹, szkoda majątkowa i niemajątkowa²⁰, związek przyczynowy²¹, ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej oraz od nieszczęśliwych wypadków²², a także koszty administracyjne związane z odpowiedzialnością za wypadki²³. Podsumowując, należy stwierdzić, że tekst ten stanowi dobre wprowadzenie do ekonomicznej analizy problematyki prawa wypadków oraz cenny punkt wyjścia do dalszych studiów. Można go zatem polecać studentom, którzy nie mieli wcześniej do czynienia z tą dziedziną wiedzy, ale również i specjalista może tu znaleźć interesujące uwagi, zwłaszcza w dalszych partiach tekstu.

3. CELE I ZAŁOŻENIA SEMINARIUM. PREZENTACJA FRAGMENTÓW MATERIAŁÓW DYDAKTYCZNYCH

Zasadniczym celem seminarium było dokonanie analizy porównawczej relevantnych unormowań prawa polskiego i ukraińskiego na podstawie omawianego wyżej tekstu Shavella. Innymi słowy, zadaniem uczestników było wykonanie pracy

¹² Por. np. R.B. Korobkin, T.S. Ulen: *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 California Law Review 1051, 2000.

¹³ S. Shavell: *Ekonomiczna analiza prawa wypadków*, Transformacje Prawa Prywatnego 2005, s. 14.

¹⁴ Tamże, s. 15.

¹⁵ Tamże, s. 36 i n.

¹⁶ Tamże, s. 98 i n.

¹⁷ Na przykład tamże, s. 20 i n.

¹⁸ Tamże, s. 45 i n.

¹⁹ Tamże, s. 72 i n.

²⁰ Tamże, s. 81 i n.

²¹ Tamże, s. 89 i n.

²² Tamże, s. 98 i n.

²³ Tamże, s. 121 i n.

komparatystycznej, w dodatku opartej na narzędziach ekonomiczno-prawnych. Biorąc pod uwagę poziom wiedzy i doświadczenia prawniczego studentów, było to zadanie nietrywialne. Materiały dydaktyczne, których fragmenty prezentuję poniżej, miały pomóc studentom przygotować się do uczestnictwa w seminarium. Ich twórcy przyświecało założenie, że student — uczestnik seminarium powinien:

- 1) swobodnie posługiwać się podstawową aparaturą pojęciową ekonomicznej analizy prawa,
- 2) umieć zastosować tę aparaturę do badania prawa wypadków (powinien zatem rzetelnie przeczytać tekst Shavella),
- 3) znać treść relewantnych przepisów prawa polskiego i ukraińskiego,
- 4) rozumieć, w jaki sposób przepisy te oddziałują na motywację potencjalnych sprawców i poszkodowanych, oraz wykazać podobieństwa i różnice w tym względzie.

Materiały dydaktyczne zostały podzielone na 11 części: ogólną część zerową oraz 10 części szczegółowych. Część zerowa była przeznaczona dla wszystkich uczestników seminarium i zawierała wyjaśnienie podstawowych problemów i pojęć ekonomicznej analizy prawa, takich jak deskryptywny i normatywny aspekt ekonomicznej analizy prawa, pojęcie efektywności ekonomicznej, dobrobytu społecznego, użyteczności marginalnej oraz nastawienia względem ryzyka, a także krótkie wyjaśnienie procedury badania prawa pod kątem jego ekonomicznej efektywności. Natomiast każda z części szczegółowych, opartych na kolejnych partiach tekstu Shavella, była przeznaczona do opracowania dla dwuosobowego²⁴ zespołu studentów; zespoły miały na podstawie tych materiałów przygotować prezentacje seminaryjne. Ponadto studenci otrzymali wskazanie, aby każdy z nich, dla uzyskania lepszej orientacji w omawianej problematyce, przynajmniej raz przejrzał całość materiałów. Materiały zostały dostarczone studentom w drugiej połowie czerwca, a zatem mogli przeznaczyć około dwóch tygodni na ich analizę. Struktura zestawów materiałów dydaktycznych prezentowała się co do zasady następująco:

- 1) krótki konspekt tej części tekstu Shavella, której dotyczył dany zestaw,
- 2) pytania kontrolne i zadania, mające sprawdzić poziom rozumienia tekstu Shavella,
- 3) prezentacja odpowiednich unormowań prawa polskiego,
- 4) pytania mające sprawdzić poziom rozumienia przepisów prawa polskiego, w szczególności zaś ich oddziaływanie na motywację potencjalnych sprawców wypadków i poszkodowanych,
- 5) polecenia dotyczące wyszukania odpowiednich unormowań prawa ukraińskiego i dokonania ich analizy ze szczególnym uwzględnieniem ich oddziaływania na motywację, a także dokonania analizy porównawczej prawa polskiego i ukraińskiego.

²⁴ Lub trójosobowego.

W niektórych spośród zestawów układ zagadnień powodował jednak, że uwzględnienie wszystkich powyższych elementów nie było celowe.

Główna trudność przy opracowywaniu materiałów polegała na tym, by odpowiednio dopasować unormowania prawa polskiego do tematyki omawianej w danej części tekstu Shavella. Trudność ta wynikała z tego, że rozważania Shavella, chociaż oderwane od konkretnego systemu prawa, prowadzone są jednak — co wcale nie dziwi — z punktu widzenia amerykańskiego prawnika. Niektóre amerykańskie instytucje prawne — na przykład tzw. *punitive damages* — nie mają swojego odpowiednika w prawie polskim; zdarzają się również sytuacje odwrotne. Większość tego typu niewspółmierności udało się jednak przezwyciężyć. Inną trudnością, o bardziej technicznym charakterze, było podjęcie decyzji co do tego, jak duża część tekstu Shavella powinna się znaleźć w konspekcie (tak, aby korzystanie z konspektu było wygodne, ale i wymagało od studenta częstego sięgania do tekstu). Ostatecznie, w konspektach znalazły się głównie tabele, a także niektóre definicje podawane przez Shavella, natomiast komentarz do nich studenci musieli czerpać bezpośrednio z tekstu. Przyjęte rozwiązanie stwarza pewną trudność w kontekście przejrzystości poniższej prezentacji; zdaję sobie sprawę, że Czytelnik niekoniecznie dysponuje tekstem Shavella, który był do dyspozycji studentów. Wobec powyższego w miejscach, w których prezentacja mogłaby być nieczytelna, uzupełniam oryginalne materiały dydaktyczne krótkim komentarzem. Należy ponadto dobitnie podkreślić, że poniższe materiały mają charakter dydaktyczny, a nie naukowy; Czytelnik nie znajdzie tu dyskusji szczegółowych problemów, a pewnym sformułowaniom zapewne można postawić zarzut nadmiernej symplifikacji (pomimo faktu, że starałem się unikać takich uproszczeń, które zafałszowałyby obraz polskiego prawa). Dotyczy to zwłaszcza sformułowań o ogólnym charakterze, prezentujących polskie rozwiązania o charakterze systemowym. Należy jednak pamiętać, że prawo polskie jest dla adresatów tych materiałów obcym porządkiem prawnym; wnikanie zatem w abstrakcyjne rozważania teoretyczne lub specjalistyczne, w szczegółowe problemy mogłoby uniemożliwić przekazanie podstawowej wiedzy w sposób zrozumiały.

Zestaw pierwszy prezentuję w całości; następnie zaś — wybrane fragmenty czterech pozostałych zestawów. Wszystkie pogrubienia tekstu, zarówno w treści przepisów, jak i komentarza, pochodzą ode mnie. Jeżeli nie zaznaczono inaczej, numery przepisów odnoszą się do ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). Odniesienia do numerów stron dotyczą tekstu Shavella opublikowanego w „Transformacjach Prawa Prywatnego”.

Zestaw 1. Podstawy ekonomicznej analizy prawa wypadków — część 1

Prawo wypadków (*accident law*) stanowi część prawa deliktów (*tort law*).

Delikt — to czyn niedozwolony prawa cywilnego. Pojęcie — „czyn niedozwolony” jest tradycyjne — we współczesnym prawie odpowiedzialność z tego tytułu może powstać pomimo braku negatywnej oceny danego czynu. Istotne jest, że zobowiązanie deliktowe powstaje z mocy ustawy, z chwilą zrealizowania w danym stanie faktycznym faktów, z którymi ustawa wiąże odpowiedzialność. Może być tak (ale nie musi), że niewykonanie zobowiązania stanowić będzie równocześnie czyn niedozwolony. Nastąpi wówczas zbieg odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej.

EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA

Analizę zaczynamy od tzw. **wypadków jednostronnych**, tj. takich, w których wpływ na ryzyko zdarzeń powodujących szkody mają tylko sprawcy (por. s. 14–15).

Tabela 1

Poziom staranności	Koszt staranności	Prawdopodobieństwo wypadku	Oczekiwane szkody	Całkowity koszt społeczny
żaden	0	15%	15	15
umiarkowany	3	10%	10	13
wysoki	6	8%	8	14

KOMENTARZ. Dane liczbowe, które znajdują się w tabeli, zostały dobrane przez Shavella w sposób arbitralny. Dobranie innych wartości spowodowałoby również zmianę wartości znajdujących się w kolumnie „całkowity koszt społeczny”, a zatem inne wnioski z badanego modelu ekonomicznego — chodzi bowiem o to, aby ustalić tę opcję, która pozwala minimalizować koszty społeczne wypadków. Gdyby w omawianym modelu koszt dochowania umiarkowanego poziomu staranności wynosił 4, a pozostałe wartości pozostały takie same, to zarówno dochowanie umiarkowanej, jak i wysokiej staranności przez sprawcę generowałoby całkowity koszt społeczny o wysokości 14.

Shavell buduje powyższy model ekonomiczny, a następnie bada zachowanie sprawców pod różnymi reżimami odpowiedzialności deliktowej, a także przy jej braku.

Shavell definiuje dwa modele reżimów odpowiedzialności:

Zasada ryzyka: sprawcy muszą pokryć wszystkie szkody, które powodują w wypadkach.

Zasada winy: sprawca odpowiada za szkody wtedy i tylko wtedy, jeżeli można mu przypisać winę, czyli jeśli nie dochował należytej staranności, której poziom jest określany przez sąd.

PYTANIA

Korzystając z tekstu Shavella oraz tabeli 1, proszę odpowiedzieć na następujące pytania:

1. Jak zachowują się sprawcy wypadków przy:
 - a) braku odpowiedzialności,
 - b) odpowiedzialności na zasadzie ryzyka.
2. Jaki jest społecznie optymalny poziom staranności?
3. Jak zachowują się sprawcy przy odpowiedzialności na zasadzie winy, jeżeli ustalony przez sądy poziom staranności będzie społecznie optymalny?
4. Jakich wiadomości potrzebuje sąd do rozstrzygnięcia sprawy przy odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, a jakich — przy zasadzie winy?

PRAWO POLSKIE

1. W prawie polskim za podstawową jest uznawana **zasada winy**. Polski ustawodawca posłużył się tzw. generalną klauzulą deliktową w art. 415 polskiego kodeksu cywilnego:

Art. 415. Kto z winy swej wyrządził drugiemu szkodę, obowiązany jest do jej naprawienia.

2. **Zasada ryzyka** stosowana jest zatem tam, gdzie ustawa wyraźnie ją przewiduje.

Na zasadzie ryzyka odpowiada według polskiego kodeksu cywilnego na przykład zwierzchnik osoby, która wyrządziła szkodę w sposób zawiniony:

Art. 430. Kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek, ten jest **odpowiedzialny za szkodę** wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonej jej czynności.

Na zasadzie ryzyka odpowiada także osoba, która zajmuje pomieszczenie, jeżeli szkoda zostanie wyrządzona wylaniem lub spadnięciem jakiegoś przedmiotu z pomieszczenia:

Art. 433. Za szkodę wyrządzoną wyrzuceniem, wylaniem lub spadnięciem jakiegokolwiek przedmiotu z pomieszczenia jest odpowiedzialny ten, kto pomieszczenie zajmuje, chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą zajmujący pomieszczenie nie ponosi odpowiedzialności i której działaniu nie mógł zapobiec.

Innym przykładem sprawcy odpowiedzialnego według polskiego kodeksu cywilnego na zasadzie ryzyka będzie kierowca samochodu potrącający przechodnia.

3. W prawie polskim występuje również odpowiedzialność **na zasadzie słuszności**. Przewiduje ją na przykład art. 428 kodeksu cywilnego:

Art. 428. Gdy sprawca z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego nie jest odpowiedzialny za szkodę, a brak jest osób zobowiązanych do nadzoru albo gdy nie można od nich uzyskać naprawienia szkody, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody od samego sprawcy, jeżeli z okoliczności, a zwłaszcza z porównania stanu majątkowego poszkodowanego i sprawcy, wynika, że wymagają tego **zasady współżycia społecznego**.

W przypadku odpowiedzialności na zasadzie słuszności zasadniczym kryterium są zasady współżycia społecznego, a nie możliwość zarzucenia sprawcy naruszenia należytej staranności. Nie jest to również odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, ponieważ sprawca odpowiada tylko wtedy, gdy wskazują na to zasady współżycia społecznego.

PYTANIA

1. Czy w prawie ukraińskim występuje *generalna klauzula deliktowa*?
2. W jakich przypadkach sprawca odpowiada według prawa ukraińskiego na zasadzie ryzyka? Proszę spróbować wyszczególnić wspólne cechy zdarzeń, za które sprawca odpowiada na zasadzie ryzyka. (Por. s. 41, gdzie Shavell wymienia typowe przypadki odpowiedzialności na zasadzie ryzyka w różnych porządkach prawnych).
3. Czy w prawie ukraińskim występuje odpowiedzialność na zasadzie słuszności?
4. Jaki mógłby być ekonomiczny cel odpowiedzialności na zasadzie słuszności?

Zestaw 2. Podstawy ekonomicznej analizy prawa wypadków — część 2

EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA

Przechodzimy do analizy wypadków dwustronnych (zarówno ofiary, jak i sprawcy mogą dołożyć staranności i zmniejszyć ryzyko wypadku). Shavell proponuje następujący model (por. s. 19):

Tabela 2

Staranność sprawcy	Staranność poszkodowanego	Koszt staranności sprawcy	Koszt staranności poszkodowanego	Prawdopodobieństwo wypadku	Oczekiwane szkody	Całkowity koszt społeczny
brak	brak	0	0	15%	15	15
brak	staranność	0	2	12%	12	14
staranność	brak	3	0	10%	10	13
staranność	staranność	3	2	6%	6	11

Definicje wariantów zasad odpowiedzialności wymienionych w zestawie pierwszym.

Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego — sprawca odpowiada za szkody, które spowodował w wypadkach tylko wtedy, gdy poziom staranności poszkodowanego był co najmniej należyty (por. s. 21).

Zasada winy z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego — sprawca odpowiada za szkody powstałe w wypadku tylko wtedy, gdy uchybił należytej staranności, a poszkodowany takiej staranności dochował (por. s. 22–23).

Zasada porównania win — sprawca nie odpowiada za szkody, jeżeli dołożył należytej staranności. Natomiast jeżeli nie dołożył staranności, zakres jego odpowiedzialności zależy od poziomu staranności poszkodowanego (por. s. 23).

PYTANIA I ZADANIA

1. Proszę uzupełnić poniższą tabelę, korzystając z tabeli 2 i tekstu Shavella.

Reżim odpowiedzialności	Kto ponosi ciężar wypadku, gdy żadna ze stron wypadku nie dochowa staranności	Jak zachowują się sprawcy oraz poszkodowani według tabeli 2
Brak odpowiedzialności		
Zasada ryzyka		
Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia		
Zasada winy		
Zasada winy z zarzutem przyczynienia		
Zasada porównania win		

2. Proszę przeanalizować tabelę 3.

Tabela 3

Staranność sprawcy	Staranność poszkodowanego	Koszt staranności sprawcy	Koszt staranności poszkodowanego	Prawdopodobieństwo wypadku	Oczekiwane szkody	Całkowity koszt społeczny
brak	brak	0	0	15%	15	15
brak	staranność	0	5	12%	12	17
staranność	brak	1	0	10%	10	11
staranność	staranność	1	5	7%	6	13

Na podstawie analizy danych w tabeli 3, proszę uzupełnić tabelę 4:

Tabela 4

Reżim odpowiedzialności	Jak zachowują się sprawcy oraz poszkodowani według tabeli 3
Brak odpowiedzialności	
Zasada ryzyka	
Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia	
Zasada winy	
Zasada winy z zarzutem przyczynienia	
Zasada porównania win	

Jak kształtuje się możliwość wpływu poszkodowanych i sprawców na redukcję ryzyka w przykładzie przedstawionym w tabeli 3?

3. Co to jest układ zrównoważony? Por. s. 20.

Zestaw 3 — Analiza poziomów aktywności sprawców i poszkodowanych

Dla społecznego dobrobytu istotne jest nie tylko, jakiej staranności dokładają sprawcy i poszkodowani, ale również to, jak często (lub jak intensywnie) działają. Często bowiem jest tak, że pomimo dokładania optymalnej staranności liczba oczekiwanych wypadków wzrasta w miarę intensyfikowania lub ponawiania działania.

Celem społecznym jest, jak zawsze, maksymalizacja dobrobytu społecznego. Na dobrobyt społeczny składa się użyteczność sprawcy, czerpana z działalności, pomniejszona o całkowite koszty społeczne wypadku.

Co do wypadków jednostronnych, Shavell proponuje ująć zagadnienie w następującej tabeli (s. 31):

Tabela 5

Poziom aktywności	Całkowita użyteczność	Całkowity koszt staranności	Całkowite szkody w wypadkach	Dobrobyt społeczny
0	0	0	0	0
1	40	3	10	27
2	60	6	20	34
3	69	9	30	30
4	71	12	40	19
5	70	15	50	5

ZADANIE

Korzystając z tabeli 5 oraz tekstu Shavella, proszę uzupełnić następującą tabelę:

Tabela 6

Reżim odpowiedzialności	Poziom aktywności, który wybierze sprawca	Uzasadnienie
Brak odpowiedzialności		
Zasada winy		
Zasad ryzyka		

Przy analizie wypadków dwustronnych, Shavell upraszcza model i wprowadza tylko jeden dodatni poziom aktywności. Zakłada także, że zarówno sprawcy, jak i poszkodowani dochowują staranności (posługuje się danymi z tabeli 2). Testuje różne warianty, przypisując działalności sprawców i poszkodowanych różną użyteczność. Wyniki Shavella dają się podsumować w następującej tabeli:

Tabela 7

Użyteczność sprawcy	Użyteczność poszkodowanego	Całkowity koszt społeczny	Dobrobyt społeczny
0	0	0	0
0	25	0	25
35	0	35	35
35	8	11	32
8	25	11	22
35	25	11	49

ZADANIE

Korzystając z tabeli 2, tabeli 7 i tekstu Shavella, proszę uzupełnić poniższą tabelę:

Tabela 8

Reżim odpowiedzialności	Czy sprawcy wybiorą optymalny poziom aktywności?	Czy poszkodowani wybiorą optymalny poziom aktywności?
Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia		
Zasada winy z zarzutem przyczynienia albo bez tego zarzutu		

Proszę sformułować wniosek, wynikający z prawidłowego wypełnienia tabeli.

PRAWO POLSKIE

Odpowiedzialność na zasadzie ryzyka w prawie polskim

Steven Shavell, pisząc o zasadzie ryzyka, ma na myśli modelową, obiektywną zasadę ryzyka, tj. taką, w myśl której sprawca odpowiada zawsze, jeżeli wyrządził szkodę. Wprowadził również zarzut przyczynienia się poszkodowanego, w myśl którego sprawca nie odpowiada, jeżeli poszkodowany nie dochował należytej staranności.

Unormowanie w prawie polskim odbiega nieco od tego wyidealizowanego modelu.

Każdy przepis, przewidujący odpowiedzialność sprawcy na zasadzie ryzyka, przewiduje tzw. **okoliczności egzoneracyjne**. Jeżeli sprawcy uda się skutecznie podnieść zarzut dotyczący zaistnienia danej okoliczności egzoneracyjnej, nie będzie odpowiadał za szkodę.

Przykład:

Art. 435. § 1. Prowadzący na własny rachunek przedsiębiorstwo lub zakład wprawiany w ruch za pomocą sił przyrody (pary, gazu, elektryczności, paliw płynnych itp.) ponosi odpowiedzialność za szkodę na osobie lub mieniu, wyrządzoną komukolwiek przez ruch przedsiębiorstwa lub zakładu, **chyba że szkoda nastąpiła wskutek siły wyższej albo wyłącznie z winy poszkodowanego lub osoby trzeciej, za którą nie ponosi odpowiedzialności.**

§ 2. Przepis powyższy stosuje się odpowiednio do przedsiębiorstw lub zakładów wytwarzających środki wybuchowe albo posługujących się takimi środkami.

W tym przepisie chodzi o odpowiedzialność podmiotów, takich jak na przykład kopalnia, zakład gazownictwa czy Polskie Koleje Państwowe (por. s. 41–42). Jeżeli podmioty te wyrządzą szkodę, mogą uratować się od odpowiedzialności, podnosząc, że szkoda zaistniała:

- 1) wskutek siły wyższej,
- 2) wyłącznie z winy poszkodowanego,
- 3) wyłącznie z winy osoby trzeciej, za którą podmiot prowadzący przedsiębiorstwo lub zakład nie ponosi odpowiedzialności.

Zarzut przyczynienia się poszkodowanego w prawie polskim

Zarzut ten jest ujęty nieco inaczej w prawie polskim niż w tekście Shavella (u Shavella przypomina on raczej wyłączną winę poszkodowanego, będącą w prawie polskim okolicznością egzoneracyjną). W prawie polskim kwestię przyczynienia normuje art. 362 kodeksu cywilnego:

Art. 362. Jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega **odpowiedniemu zmniejszeniu** stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron.

A zatem, przyczynienie się poszkodowanego do powstania szkody nie zwalnia sprawcy od odpowiedzialności, a jedynie może doprowadzić do odpowiedniego zmniejszenia odszkodowania (w skrajnych przypadkach sprawca zapłaci znikome odszkodowanie).

W orzecznictwie przyjmuje się, że jeżeli sprawca odpowiada na zasadzie winy, to również przyczynienie się poszkodowanego musi być zawinione. Jeżeli natomiast sprawca odpowiada na zasadzie ryzyka albo słuszności, to wystarczy, aby przyczynienie się poszkodowanego było zachowaniem obiektywnie nieprawidłowym, ale nie wymaga się wykazania zawinienia poszkodowanego²⁵.

PYTANIA

1. *Jakie okoliczności egzoneracyjne pojawiają się w ukraińskich przepisach dotyczących odpowiedzialności na zasadzie ryzyka?*
2. *Jak w prawie ukraińskim rozumie się siłę wyższą?*
3. *Jaki jest ekonomiczny sens okoliczności egzoneracyjnych?*
4. *Jaki jest ekonomiczny sens zarzutu przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody?*

Zestaw 5 — Rozwinięcie analizy odstraszenia — część 1

EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA

1. Problemy z ustaleniem winy

Shavell analizuje różne trudności związane z ustaleniem odpowiedzialności sprawcy na zasadzie winy. Jedną z trudności jest **niepewność co do rzeczywistego poziomu staranności strony**. W zasadzie prowadzi to do dochowywania przez potencjalnych sprawców wyższej niż należała, nadmiernej staranności. Obrazuje to, posługując się następującym modelem:

Tabela 9

Poziom staranności	Koszt staranności	Prawdopodobieństwo wypadku	Oczekiwana szkoda	Całkowity koszt społeczny
żaden	0	15%	15	15
umiarkowany	3	10%	10	13
wysoki	5	9%	9	14

Dodatkowo zakładamy, że szansa na to, że sąd pomyli się w ocenie staranności sprawcy o jeden stopień, wynosi 33%, a że pomyli się o dwa stopnie — 5%.

²⁵ T. Wiśniewski (w.): G. Bienick (red.): *Komentarz do kodeksu cywilnego. Zobowiązania*, LexisNexis 2002, s. 72–73.

ZADANIE

Proszę obliczyć oczekiwany koszt sprawcy w każdym z przypadków przewidzianych w poniższej tabeli:

Tabela 10

Poziom staranności	Oczekiwany koszt sprawcy
żaden	
umiarkowany	
wysoki	

Proszę wyciągnąć wniosek z wykonanego obliczenia.

Kolejne dwie trudności, które powodują niepewność co do ustalenia winy, to **niezdolność człowieka do całkowitej kontroli swojego poziomu staranności oraz błędy sądu w ustaleniu poziomu należytej staranności.**

PYTANIA (por. s. 63–69)

- 1. Jaki skutek w zakresie poziomu dochowywanej staranności wywołuje nie-
możność całkowitej kontroli poziomu swojej staranności przez jednostkę?*
- 2. W jakiej sytuacji ekonomicznie racjonalna jednostka uda się po poradę do
prawnika, aby uzyskać poradę co do wymaganego prawnie poziomu staranności
przy danej działalności?*

Zestaw 6 — Rozwinięcie analizy odstraszenia — część 2

PRAWO POLSKIE

W prawie polskim odpowiedzialność za czyn cudzy unormowana jest w kilku przepisach. Analizę zaczniemy od przepisu, który reguluje materię odpowiedzialności zwierzchnika za szkody wyrządzone przez podwładnego. Chodzi o art. 430 kodeksu cywilnego.

Art. 430. Kto na własny rachunek powierza wykonanie czynności osobie, która przy wykonywaniu tej czynności **podlega jego kierownictwu i ma obowiązek stosować się do jego wskazówek**, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną z winy tej osoby przy wykonywaniu powierzonych jej czynności.

Odpowiedzialność zwierzchnika jest odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka. Jest jednak uzależniona od odpowiedzialności wykonawcy. Poszkodowany, który chce uzyskać odszkodowanie od zwierzchnika sprawcy szkody, musi wykazać: szkodę, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a czynem podwładnego, winę podwładnego, fakt, że sprawca szkody podlegał kierownictwu zwierzchnika, oraz fakt, że szkoda została wyrządzona przy wykonywaniu przez podwładnego powierzonej czynności.

Niezwykłe doniosłe w tym kontekście unormowanie zawiera art. 120, 119 oraz 122 kodeksu pracy²⁶:

Art. 120. § 1. W razie wyrządzenia przez pracownika przy wykonywaniu przez niego obowiązków pracowniczych szkody osobie trzeciej, zobowiązany do naprawienia szkody jest wyłącznie pracodawca.

§ 2. Wobec pracodawcy, który naprawił szkodę wyrządzoną osobie trzeciej, pracownik ponosi odpowiedzialność przewidzianą w przepisach niniejszego rozdziału.

Jeżeli pracodawca naprawi szkodę wyrządzoną przez pracownika, może się domagać od niego odszkodowania, jednakże wysokość tego odszkodowania jest ograniczona ustawowo:

Art. 119. Odszkodowanie ustala się w wysokości wyrządzonej szkody, jednak nie może ono przewyższać kwoty **trzymiesięcznego wynagrodzenia** przysługującego pracownikowi w dniu wyrządzenia szkody.

Jeżeli jednak pracownik wyrządzi szkodę umyślnie, nawet przy wykonywaniu obowiązków pracowniczych, to będzie musiał ją naprawić:

Art. 122. Jeżeli pracownik **umyślnie** wyrządził szkodę, jest obowiązany do jej naprawienia w pełnej wysokości.

Innym przypadkiem odpowiedzialności za czyn cudzy jest tzw. **wina w nadzorze — culpa in custodiendo**. Kwestię tę normuje art. 427 kodeksu cywilnego:

Art. 427. Kto z mocy ustawy lub umowy jest zobowiązany do nadzoru nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy po-
czytać nie można, ten obowiązany jest do naprawienia szkody wyrządzonej przez tę osobę, *chyba że* uczynił zadość obowiązkowi nadzoru albo że szkoda byłaby po-

²⁶ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r., tekst jednolity: Dz.U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 ze zm.

wstała także przy starannym wykonywaniu nadzoru. Przepis ten stosuje się również do osób wykonywających bez obowiązku ustawowego ani umownego stałą pieczę nad osobą, której z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego winy poczytać nie można.

Jest to odpowiedzialność na zasadzie winy, ale przepis ułatwia poszkodowanemu dochodzenie odszkodowania poprzez odwrócenie ciężaru dowodu (proszę zwrócić uwagę na zaznaczone kursywą słowa „chyba że” w tekście przepisu). Przepis ten przewiduje więc domniemanie winy nadzorującego oraz domniemanie związku przyczynowego pomiędzy wyrządzeniem szkody a wadliwym wykonywaniem nadzoru. W konsekwencji, poszkodowany musi wykazać jedynie szkodę oraz adekwatny związek przyczynowy pomiędzy działaniem sprawcy a szkodą. Nie ma mowy o winie sprawcy, ponieważ przepis ten dotyczy szkód wywołanych przez osoby, którym właśnie z definicji winy poczytać nie można (np. małoletni poniżej 13 roku życia, osoby nieświadome swojego postępowania). Osobą zobowiązaną z mocy ustawy do nadzoru jest na przykład rodzic nad dzieckiem, z mocy umowy — nauczyciel nad uczniem.

Regulację tę uzupełnia art. 428 kodeksu cywilnego, przewidujący odpowiedzialność na zasadzie słuszności:

Art. 428. Gdy sprawca z powodu wieku albo stanu psychicznego lub cielesnego nie jest odpowiedzialny za szkodę, a brak jest osób zobowiązanych do nadzoru albo gdy nie można od nich uzyskać naprawienia szkody, poszkodowany może żądać całkowitego lub częściowego naprawienia szkody od samego sprawcy, jeżeli z okoliczności, a zwłaszcza z porównania stanu majątkowego poszkodowanego i sprawcy, wynika, że wymagają tego zasady współżycia społecznego.

Kolejnym przypadkiem odpowiedzialności za czyn cudzy jest tzw. **wina w wyborze** — *culpa in eligendo*. W prawie polskim jest unormowana w art. 429 kodeksu cywilnego:

Art. 429. Kto powierza wykonanie czynności drugiemu, ten jest odpowiedzialny za szkodę wyrządzoną przez sprawcę przy wykonywaniu powierzonej mu czynności, *chyba że nie ponosi winy w wyborze* albo że wykonanie czynności powierzył osobie, przedsiębiorstwu lub zakładowi, które w zakresie swej działalności zawodowej trudnią się wykonywaniem takich czynności.

W konstrukcji tego przepisu znów dostrzegamy odwrócenie ciężaru dowodu. Poszkodowany nie musi więc wykazywać winy w wyborze powierzającego. Musi

udowodnić: szkodę, adekwatny związek przyczynowy pomiędzy działaniem sprawcy a szkodą, fakt powierzenia czynności przez powierzającego wykonawcy, fakt samodzielności wykonawcy w wykonywaniu powierzonego mu zadania (jeżeli wykonawca podlega kierownictwu powierzającego, to w grę wchodzi odpowiedzialność na podstawie art. 430 k.c.) oraz fakt, że szkoda jest funkcjonalnie powiązana z powierzoną czynnością. Nie musi natomiast wykazywać winy wykonawcy — powierzający odpowiada za własną winę.

Powierzający może uniknąć odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że nie ponosi winy w wyborze (wybierając wykonawcę, dochował należytej staranności), lub jeżeli wykaże, że wykonanie czynności powierzył profesjonalście, który zawodowo zajmuje się wykonywaniem takich właśnie czynności.

PYTANIA

1. Proszę przeanalizować art. 430 polskiego kodeksu cywilnego i odpowiedzieć, w jaki sposób oddziałuje on na motywację zwierzchnika oraz podwładnego do dochowania staranności.

2. Jak wyżej, ale proszę wziąć pod uwagę sytuację pracodawcy i pracownika.

3. W jaki sposób na motywację nadzorującego oddziałuje art. 427 kodeksu cywilnego?

4. W jaki sposób na motywację powierzającego oddziałuje art. 429 kodeksu cywilnego?

5. Jak kształtowałoby się oddziaływanie art. 427 na motywację zobowiązanego do nadzoru, gdyby przepis ten przewidywał odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za szkodę wyrządzoną przez osobę nadzorowaną?

6. Jak skonstruowana jest odpowiedzialność za czyn cudzy w prawie ukraińskim? Proszę dokonać analizy oddziaływania przepisów na motywację podmiotów (sprawców wypadków, odpowiedzialnych za wypadki, poszkodowanych) oraz dokonać analizy porównawczej przepisów prawa ukraińskiego i polskiego.

4. PRZEBIEG I OCENA SEMINARIUM

Seminarium rozpoczęło się od krótkiego wykładu inauguracyjnego, poświęconego historii ekonomicznej analizy prawa oraz jej założeń metodologicznych. Następnie, kolejne zespoły studentów przedstawiały swoje prezentacje w obecności komisji²⁷ oraz obecnych na seminarium specjalistów prawa prywatnego — pracow-

²⁷ W skład komisji weszli: redaktor tłumaczenia tekstu Shavella na język polski, kierownik Szkoły Prawa Amerykańskiego CUA–UJ Filip Wejman, ówczesny administrator Szkoły Prawa Polskiego i Europejskiego w Tarnopolu Piotr Wasilewski oraz autor niniejszego opracowania.

ników WPiA UJ. Studenci odpowiadali również na pytania i uczestniczyli w dyskusjach wywiązujących się wokół omawianych problemów. Przy ocenianiu wystąpień komisja brała przede wszystkim pod uwagę, czy student osiągnął założone cele seminarium. I tak, należy stwierdzić, że wszyscy studenci opanowali podstawowy aparat pojęciowy ekonomicznej analizy prawa oraz dokładnie przeczytali tekst Shavella. Niektórzy mieli jednak pewne trudności z jego zrozumieniem, zwłaszcza gdy kluczowe okazywało się trafne zinterpretowanie danych liczbowych zamieszczonych w tabelach albo wykresów. Podobnie, w większości przypadków uczestnicy seminarium umieli sprawnie zreferować treść przepisów prawa polskiego oraz określić jego oddziaływanie na motywację adresatów; słabiej poradzi sobie z odpowiedziami na bardziej rozbudowane pytania, mające postać kazusu do rozwiązania. Trafnie dobrali również — jak można sądzić — odpowiednie unormowania prawa ukraińskiego, jednak ich szczegółowe skomentowanie okazywało się często problematyczne. Pewnym usprawiedliwieniem dla tych trudności może być fakt, że studenci musieli poradzić sobie z barierami trojkiego rodzaju: (1) barierą językową, ponieważ język polski, w jakim prowadzone było seminarium, nie jest ich językiem ojczystym, (2) barierą merytoryczną — większość uczestników seminarium studiuje takie kierunki jak ekonomia czy system ubezpieczeń, i z całą pewnością analiza przepisów prawnych, zwłaszcza należących do obcego porządku normatywnego, nie była dla nich zadaniem łatwym, (3) barierą nowości — ekonomiczna analiza prawa jest zjawiskiem nowym w naszej kulturze prawnej; równoległe posługiwanie się prawniczym i ekonomicznym aparatem pojęciowym z pewnością nie przychodzi łatwo osobom nieposiadającym w tej dziedzinie gruntownego wykształcenia. Pomimo to, generalnie rzecz ujmując, rzetelne przerobienie materiałów dydaktycznych w zasadzie gwarantowało studentowi zaliczenie seminarium i takie zaliczenie otrzymali wszyscy uczestnicy. Około 50% studentów otrzymało ocenę dostateczną bądź plus dostateczną — dotyczyło to tych seminarzystów, którzy nie potrafili wyjść poza zestaw zagadnień zamieszczony w materiałach dydaktycznych oraz popełniali pewne poważniejsze (choć nie dyskwalifikujące) błędy. Dalsze 30% otrzymało ocenę dobrą — byli to studenci, którzy popełnili jedynie drobne błędy przy prezentacjach, ale również zazwyczaj nie potrafili uwzględnić w swych odpowiedziach szerszego kontekstu. Troje studentów otrzymało ocenę bardzo dobrą — wykazali się nie tylko pełnym zrozumieniem zadanej problematyki, ale byli również w stanie nawiązać merytoryczną dyskusję z prowadzącymi seminarium oraz podać spójną argumentację na poparcie swoich tez. Biorąc pod uwagę trudności trojkiego rodzaju, wymienione powyżej, można stwierdzić, że studenci osiągnęli taki poziom umiejętności, który umożliwia im dalsze studia w zakresie omawianej problematyki; w przypadku trojga najlepszych studentów można tu mówić o studiach samodzielnych.

5. WNIOSKI

Ekonomiczna analiza prawa wydaje się *prima facie* dogodnym narzędziem do przeprowadzania tego typu międzynarodowych seminariów, dysponuje bowiem aparatem pojęciowym, który nie jest związany z żadnym konkretnym porządkiem prawnym. Przeprowadzenie seminarium umożliwiło jednak sformułowanie pewnych zastrzeżeń do tej wstępnej tezy oraz wyprowadzenie pewnych wniosków. Zacznę od spostrzeżeń szczegółowych, odnoszących się do funkcjonowania tego typu seminariów w ramach Szkoły Prawa Polskiego i Europejskiego w Tarnopolu. Pomimo faktu, że większość studentów Szkoły w roku akademickim 2005/2006 nie była prawnikami, lecz studentami kierunków mających wiele wspólnego z ekonomią, mieli oni przeważnie spore trudności ze swobodnym posługiwaniem się prostymi modelami ekonomicznymi w formie tabel czy wykresów. Można spekulować co do przyczyn takiego stanu rzeczy; prawdopodobną przyczyną wydaje się niecodzienny kontekst, czyli stosowanie tych narzędzi do badania instytucji prawnych. Jeżeli uwaga ta jest trafna, to być może warto rozważyć wprowadzenie do programu Szkoły odrębnego kursu poświęconego wyłącznie podstawom ekonomicznej analizy prawa. W ramach tego kursu studenci mogliby zostać oswojeni z terminologią i metodologią tej dziedziny wiedzy, a w szczególności mogliby pozyskać podstawowe umiejętności samodzielnego budowania i interpretowania modeli ekonomicznych w kontekstach prawnych. Z drugiej strony, w ramach takiego kursu powinni nauczyć się również krytycznego spojrzenia na ekonomiczną analizę prawa; wbrew radykalnym apologetom tego sposobu interpretacji nie jest to przecież metoda niekontrolowana. Przeciwnie: boryka się ona z licznymi trudnościami teoretycznymi, dotyczącymi zwłaszcza kształtu funkcji dobrobytu społecznego oraz przyjmowanej teorii podmiotów działających. Sądzę, że uprzednie ukończenie takiego kursu z pewnością ułatwiłoby studentom aktywne uczestnictwo w seminarium. Oczywiście, powstaje tu problem dostępności stosownych materiałów w języku polskim. Podsumowując ten fragment rozważań, trzeba stwierdzić, że ekonomiczna analiza prawa umożliwia odpowiednio przygotowanemu studentowi lepiej zrozumieć dane zagadnienie prawne, niż gdyby miał po prostu uczyć się „przepisu po przepisie”. W ten sposób można uznać modelowanie ekonomiczne za komplementarną metodę dydaktyczną w stosunku do tradycyjnego rozwiązywania kasusów.

Generalnie rzecz ujmując, sądzę, że ekonomiczna analiza prawa dostarcza znakomitych narzędzi do dyskusowania w zasadzie o dowolnych zagadnieniach prawnych, pod warunkiem jednak, że uczestnicy tego typu seminariów spełniają dwa warunki: (1) dysponują podstawową wiedzą dotyczącą metodologii ekonomicznej analizy prawa oraz (2) znają omawiane zagadnienia prawne na tyle dobrze, by być w stanie sprawnie rozwiązywać dotyczące ich kazusy. Oznacza to, że pamięciowe opanowanie przepisów nie wystarczy. Byłoby wskazane, aby uczestnicy seminarium znali również piśmiennictwo związane z danym zagadnieniem, a przede wszystkim

— orzecznictwo sądowe. Dodatkowym atutem byłoby ponadto pewne doświadczenie w praktyce (niekoniecznie *stricte* prawnej, ale na przykład bankowej — przy omawianiu przepisów prawa bankowego czy zabezpieczeń wierzytelności). Ekonomiczna analiza prawa wiele zawdzięcza amerykańskiemu realizmowi prawnemu, który kładł nacisk na analizę prawa w działaniu (*law in action*) — uczestnik seminarium z ekonomicznej analizy prawa powinien umieć trafnie rozpoznać skutki społeczne poszczególnych regulacji prawnych. Oczywiście, trudno wymagać tego poziomu wiedzy i umiejętności od studentów; uwagi te odnoszą się więc raczej do międzynarodowych wydarzeń o bardziej specjalistycznym charakterze. Sądzę, że ekonomiczna analiza prawa może być niezwykle przydatna chociażby w dyskusji prawno-porównawczej, toczonej w kontekście harmonizacji europejskiego prawa umów; dostarcza ona bowiem jednolitego kryterium, według którego można porównywać i oceniać różne, często niewspółmierne pojęciowo, regulacje. Jeżeli jednak życzymy sobie tego typu analiz w przyszłości, powinniśmy dbać o to, aby studenci otrzymywali przynajmniej podstawową wiedzę ekonomiczno-prawną w trakcie studiów uniwersyteckich lub programów międzynarodowych. Ubiegłoroczne seminarium stanowi zatem krok w dobrym kierunku.

MAŁGORZATA BOSZKO*

WYROK EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE LEITNER'
ODSZKODOWANIE ZA SZKODĘ NIEMATERIALNĄ
ORAZ MODEL ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ
W DYREKTYWIE W SPRAWIE ZORGANIZOWANYCH
PODRÓŻY, WAKACJI I WYCIECZEK²

GŁOSA³

W dniu 12 marca 2002 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości (Szósta Izba) orzekł w sprawie Leitner, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek należy interpretować w sposób przyznający

Artykuł zrecenzowany przez dr Iwonę Karasek (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* Autorka jest doktorantką Europejskiego Kolegium Doktoranckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2002 r. w sprawie C-168/00 Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Zb.Orz. 2002, s. I — 02631 (dalej: wyrok ETS) dostępny jest w dwóch wersjach językowych: niemieckiej i angielskiej na stronie internetowej ETS: www.curia.eu.int.

² Dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (90/314/EWG), Dz.Urz. 1990, L 158, s. 59 (dalej: dyrektywa 90/314/EWG). Polski tekst dyrektywy 90/314/EWG wraz z wprowadzeniem M. Nesterowicza: *Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich o podróżach turystycznych a prawo polskie* opublikowano w: *Kwartalnik Prawa Prywatnego* (dalej: KPP) 1996, z. 3, s. 603–609 i s. 435–445 odpowiednio.

³ Por. M. Adamczak–Retecka: *Zakres pojęcia „szkoda” w prawie wspólnotowym — glosa do wyroku TS z dnia 12 marca 2002 wydanego w sprawie C-168/00 Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa 2005, nr 1–2, s. 243–251 oraz U. Walczak: *Uwagi de lege lata i de lege ferenda na temat zasad odpowiedzialności kontraktowej w świetle orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dn. 12 marca 2002 w sprawie Simone Leitner v. TUI GmbH & Co*, *Transformacje Prawa Prywatnego* (dalej: TPP) 2006, nr 2, s. 109–129. Por. J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 305 i n.; M. Loos, J. Dickie, G. Amokouros, A. Wiewiórowska–Domagalska: *ECJ, 12 March 2002, Case C-168/00 Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Compensation for Non-Material Damage under the Directive on Package Travel*, *European Review of Private Law* 2003, nr 1, s. 91–102.

konsumentom, co do zasady, prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną (*package holiday*)⁴.

Poniższy tekst stanowi analizę sprawy Leitner oraz modelu odpowiedzialności odszkodowawczej zawartego w dyrektywie 90/314/EWG, a także zawiera uwagi prawno-porównawcze dotyczące regulacji prawnych zawartych w prawie niemieckim, angielskim, francuskim i polskim oraz porusza kwestię kompetencji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości do dokonywania wykładni abstrakcyjnych pojęć prawnych.

STAN FAKTYCZNY

Dziesięcioletnia Simone Leitner wraz z rodzicami wybrała się na wakacje, które za pośrednictwem austriackiego agenta podróży — KUONI zostały zarezerwowane w TUI Deutschland GmbH & Co. KG (dalej: TUI). Trwające w dniach 4–18 lipca 1997 r. zorganizowane wakacje — „All-Inclusive Aufenthalt” — Simone Leitner wraz z rodzicami spędziła w Robinson Club Pamfiliya (dalej: klub) w Side, w Turcji. Simone Leitner spożywała w klubie wszystkie posiłki i po około ośmiu dniach pobytu wystąpiły u niej, jak również i u innych gości, symptomy zatrucia salmonellą, między innymi wysoka gorączka, biegunka i wymioty. Objawy choroby trwały przez pozostałe dni pobytu w Turcji i zmusiły Simone do pozostawania pod opieką rodziców w hotelu, uniemożliwiając rodzinie korzystanie z wypoczynku.

Po powrocie do Austrii rodzice Simone w jej imieniu wysłali do TUI list, informując o chorobie dziewczynki i domagając się odszkodowania. List pozostał jednak bez odpowiedzi, dlatego też dnia 17 lipca 1998 r. Simone, reprezentowana przez rodziców, wniosła do sądu pozew, domagając się zapłaty odszkodowania w wysokości 25 000 szylingów austriackich. Roszczenie obejmowało odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie („Schmerzensgeld” lub *pretium doloris*), jak również za utraconą przez Simone i jej rodziców przyjemność z wakacji („entgangene Urlaubsfreude”).

Na podstawie § 1325 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, austriackiego kodeksu cywilnego) austriacki sąd pierwszej instancji przyznał Simone Leitner kwotę 13 000 szylingów austriackich jako odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie („Schmerzensgeld”) wynikłe z zatrucia pokarmowego, oraz oddalił powództwo, ze względu na brak w prawie austriackim podstawy prawnej, w zakresie jakim dotyczyło ono odszkodowania za poniesioną szkodę niematerialną („immateriellen Schadens”) w związku z utratą przyjemności z wakacji („entgangene Urlaubsfreude”). Sąd zgodził się wprawdzie, że utrata przyjemności z wa-

⁴ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 24.

kacji może stanowić szkodę niemajątkową, jednakże stwierdził, iż na gruncie prawa austriackiego, ze względu na brak wyraźnego przepisu, nie ma możliwości przyznania z tego tytułu odszkodowania. Paragraf 1325 ABGB przewiduje jedynie odszkodowanie za doznany ból fizyczny oraz cierpienie, nie przewiduje natomiast takiego odszkodowania w przypadku utraty przyjemności z wakacji.

Powódka złożyła apelację od powyższego wyroku do Landesgericht w Linz, zaskarżając wyrok w części oddalającej powództwo. Sąd apelacyjny zgodził się z sądem pierwszej instancji co do interpretacji prawa austriackiego, ale stwierdził, że zastosowanie art. 5 dyrektywy 90/314/EWG może prowadzić do innego rozwiązania⁵. Ze względu na fakt, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG nie precyzuje dostatecznie definicji *szkody*⁶, sąd apelacyjny zawiesił postępowanie i zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie tej kwestii przez wydanie orzeczenia wstępnego (*preliminary ruling*), kierując następujące pytanie prawne:

Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EWG z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek należy interpretować jako przyznający konsumentom prawo do odszkodowania za poniesioną szkodę niematerialną, powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż?

PRZEBIEG POSTĘPOWANIA

STANOWISKA UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

Zdaniem Simone Leitner możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną wynika z treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG, zgodnie z którym na wypadek szkody innej niż uszkodzenie ciała, wynikłej na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania usług objętych imprezą, państwa członkowskie mogą

⁵ Landesgericht w Linz powołał się na orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawie C-355/96, *Silhouette International Schmied* [1998] ECR I-4799, paragraf 36, w którym ETS orzekł, że ze względu na fakt, iż dyrektywy nie mogą być bezpośrednim źródłem uprawnień lub obowiązków jednostek, sąd krajowy jest zobowiązany do interpretowania przepisów prawa krajowego zgodnie z postanowieniami i celem dyrektywy (zasada pośredniego skutku; *indirect effect*). Ponadto, Landesgericht zaobserwował, że w takich samych okolicznościach prawo niemieckie wyraźnie przewiduje możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niemajątkową (utratę przyjemności z wakacji), gdy podróż została udaremniona lub poważnie utrudniona. Wyrok ETS [przyp. I], pkt II i 12.

⁶ Odmienne rozwiązanie przyjęte zostało w dyrektywie w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe z dnia 25 lipca 1985 r. (dalej: dyrektywa 85/374/EWG). Dyrektywa ta zawiera wyraźnie określoną definicję pojęcia *szkody*, która znajduje jednak zastosowanie jedynie w zakresie jej dotyczącym. Adwokat Generalny Tizzano zinterpretował pojęcie *szkody* użyte w dyrektywie 90/314/EWG między innymi przy zastosowaniu argumentu *a contrario* w stosunku do definicji *szkody* zawartej w dyrektywie 85/374/EWG. Zob. *Opinion of Advocate General Tizzano* z 20 września 2001 r. w sprawie *Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co KG* (dalej: *opinia Adwokata Generalnego*), pkt 34–36.

dopuszczać w rozsądnych granicach umowne ograniczenie wysokości odszkodowania. Z takiego sformułowania treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wynika, że dyrektywa 90/314/EWG w sposób ukryty zakłada istnienie prawa do odszkodowania za szkodę niematerialną.

Strona pozwana (TUI) oraz rządy Austrii, Francji i Finlandii stały na stanowisku, że dyrektywa 90/314/EWG jako instrument harmonizacji prawa państw członkowskich Unii Europejskiej zapewnia jedynie minimalny stopień ochrony konsumenta nabywającego zorganizowaną usługę turystyczną. W konsekwencji, wszystko co nie zostało w dyrektywie 90/314/EWG wyraźnie uregulowane, w szczególności pojęcie szkody, pozostaje zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej w kompetencji państw członkowskich⁷.

Rząd belgijski uznał, że ogólne i nieograniczone użycie terminu „szkoda” w treści art. 5 (2) dyrektywy 90/314/EWG sugeruje, iż pojęcie to należy rozumieć szeroko, a w konsekwencji ustawodawstwo państw członkowskich implementujących postanowienia dyrektywy 90/314/EWG powinno dopuszczać możliwość przyznania odszkodowania za wszelkiego rodzaju szkodę, w tym szkodę niematerialną.

Również Komisja Europejska w zaprezentowanym stanowisku wskazała, że pojęcie szkody użyte jest w dyrektywie 90/314/EWG bez najmniejszych ograniczeń. Komisja Europejska zauważyła ponadto, że zwłaszcza w przypadku podróży turystycznych szkoda inna niż uszkodzenie ciała jest często występującym zjawiskiem, oraz że w dzisiejszych czasach duże znaczenie ma możliwość spokojnego spędzenia urlopu. Odpowiedzialność za szkodę niemajątkową inną niż uszkodzenie ciała i cierpienie jest uznana w większości państw członkowskich Unii Europejskiej, chociaż zakres i warunki tej odpowiedzialności różnią się w szczegółach. Zdaniem Komisji Europejskiej nie jest możliwe restryktywne interpretowanie ogólnego pojęcia szkody użytego w dyrektywie 90/314/EWG i wykluczenie z jego zakresu szkody niemajątkowej.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości

Europejski Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział na zadane pytanie prawne twierdząco, stwierdzając, że art. 5 dyrektywy należy interpretować w sposób przyznający konsumentom, co do zasady, prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, która jest wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną („package holiday”)⁸.

⁷ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 16.

⁸ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 24.

W swoich rozważaniach Europejski Trybunał Sprawiedliwości skupił się przede wszystkim na dwóch kwestiach.

Po pierwsze, Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że z ust. 2 i 3 preambuły dyrektywy 90/314/EWG jasno wynika, że celem regulacji zawartych w dyrektywie 90/314/EWG jest wyeliminowanie rozbieżności pomiędzy krajowymi porządkami prawnymi państw członkowskich, które ograniczają swobodę świadczenia usług turystycznych oraz zakłócają konkurencyjność podmiotów gospodarczych usługi te świadczących⁹. W sferze zorganizowanych usług turystycznych („package holiday”) rozbieżności te wynikają z faktu, że tylko niektóre spośród państw członkowskich Unii Europejskiej przewidują możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną¹⁰.

Istnienie rozbieżności w przepisach dotyczących ochrony konsumenta w poszczególnych państwach członkowskich powstrzymuje konsumentów od dokonywania zakupu imprez turystycznych w innych niż własny kraj państwach członkowskich Unii Europejskiej¹¹. Czynniki ten ma istotny wpływ na podejmowanie decyzji o zakupie usługi turystycznej w innym niż własne państwie członkowskim, a jego znaczenie jest zdecydowanie większe niż w przypadku nabywania innych usług. Dzieje się tak ze względu na szczególny charakter usług stanowiących zorganizowaną imprezę turystyczną, które wymagają wydatkowania znacznych kwot pieniędzy z góry, oraz fakt, że wykonanie usług następuje w państwie innym niż to, w którym konsument ma stałe miejsce zamieszkania¹².

Po drugie, Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że: „(...) dyrektywa, a w szczególności artykuł 5 ma na celu zapewnienie ochrony konsumentom, a w przypadku zorganizowanych usług turystycznych odszkodowanie za szkodę niematerialną wynikającą z utraty przyjemności z wakacji jest szczególnie ważne dla konsumentów”¹³. Choć sformułowanie to nie zostało oparte na żadnym konkretnym przepisie dyrektywy 90/314/EWG, wydaje się ono właściwe ze względu na fakt, że zwłaszcza w dziedzinie podróży turystycznych szkoda inna niż szkoda na osobie występuje dość często. Ponadto, stwierdzenie to pozostaje w zgodzie ze sformułowaną we wtórnym prawie wspólnotowym zasadą ochrony pewności i zaufania konsumentów¹⁴. Argument przedstawiony w tej kwestii przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości dotyczy sformułowań zawartych w ust. 2 i 4 art. 5 dyrektywy 90/314/EWG. Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG odnosi się miano-

⁹ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 20.

¹⁰ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 21.

¹¹ Ust. 8 preambuły dyrektywy 90/314/EWG.

¹² Ust. 10 preambuły dyrektywy 90/314/EWG.

¹³ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 22. Tłumaczenie własne — w oryginale: „(...) the Directive, and in particular Article 5 thereof, is designed to offer protection to consumers and, in connection with tourist holidays, compensation for nonmaterial damage arising from the loss of enjoyment of the holiday is of particular importance to consumers”.

¹⁴ Zob. np. pkt 5 preambuły dyrektywy 1999/44/EWG z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.Urz. L 171, 07/07/1999, s. 12–16).

wicie do odpowiedzialności za szkodę w ujęciu ogólnym, natomiast ust. 4 zezwala na ograniczenie wysokości odszkodowania „na wypadek szkody innej niż uszkodzenie ciała”. Jak to podkreślił Trybunał: „(...) dyrektywa w sposób ukryty rozpoznaje istnienie prawa do odszkodowania za szkodę inną niż uszkodzenie ciała, w tym za szkodę niematerialną”¹⁵.

KOMENTARZ

Związłe orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości wydane w sprawie Leitner jest niezwykle ważne, ponieważ stanowi potencjalnie pierwszy krok na drodze do stworzenia prawdziwie europejskiej definicji pojęcia szkody¹⁶. Choć większość komentatorów zafascynowanych potwierdzonym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wymogiem jednolitej interpretacji pojęcia *szkody* zignorowała poważny problem kompetencji Trybunału do dokonania wykładni abstrakcyjnych pojęć prawnych: *curia communitalis locuta, causa finita*, to wśród przedstawicieli doktryny słychać było również głosy krytykujące Europejski Trybunał Sprawiedliwości za przekroczenie swych kompetencji¹⁷. Lakoniczność orzeczenia może sugerować, że wszystkie istotne zagadnienia zostały omówione w przedstawionej przez Adwokata Generalnego opinii. Z tego względu zasadne wydaje się również przeanalizowanie jej treści w dalszej części artykułu.

PODSTAWY PRAWNE

Rozmiar kompetencji do stanowienia prawa przyznanych Wspólnocie na mocy art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) został przeanalizowany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Tobacco Advertising¹⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości anulował dyrektywę 98/43/EWG¹⁹, orzekając, że została ona błędnie przyjęta jako środek harmonizacji na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE). Trybunał w swym orzeczeniu wyraził restrykcyjny pogląd, zgodnie z którym,

¹⁵ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 23. Tłumaczenie własne — w oryginale: „(...) the Directive implicitly recognises the existence of a right to compensation for damage other than personal injury, including non-material damage”. Jednak zdaniem niektórych autorów w odniesieniu do zakresu kompensacji decydujące znaczenie powinny mieć przede wszystkim rozwiązania przyjęte w prawie krajowym. Por. M. Szpunar, *Protecting the interests of the citizen in today's European Union*, Travaux du CERIC, Bruxelles 2003, s. 170 i n.

¹⁶ Por. K. Tonner: *Anmerkung*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (dalej: ZEuP) 2003, s. 623 i n.

¹⁷ Zob. O. Remien: *Die Vorlagepflicht bei Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (dalej: RabelsZ) 66, z. 2–3 (2002), s. 503, 528 oraz R. Doehner: *Anmerkung*, Europäisches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (dalej: EuZW) 2002, s. 340–341.

¹⁸ Sprawy połączone C-376/98 i C-74/99, Niemcy v. Parlament Europejski i Rada Europejska (Germany v. European Parliament and Council [2000] ECR I-8419).

¹⁹ Dyrektywa 98/43/EWG [Directive 98/43 OJ 1998 L 213/9], tzw. Tobacco Advertising Directive.

aby dyrektywa mogła zostać przyjęta na podstawie art. 95 TWE (dawnego art. 100a TWE) „(...) konieczne jest zweryfikowanie, czy Dyrektywa rzeczywiście przyczynia się do wyeliminowania przeszkód (...), do wolności świadczenia usług i usunięcia zakłóceń w swobodnej konkurencji”²⁰.

Ustęp 3 preambuły dyrektywy 90/314/EWG rzeczywiście mówi o tym, że „przepisy prawa krajowego państw członkowskich dotyczące zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek (...) wykazują wiele rozbieżności, a praktyka poszczególnych państw w tej dziedzinie znacznie się różni, co ogranicza swobodę świadczenia usług tego rodzaju oraz powoduje zniekształcenia konkurencji pomiędzy podmiotami gospodarczymi mającymi siedzibę w różnych państwach członkowskich”. „Jednakże poza tym żadne inne wytłumaczenie nie zostało przedstawione, [a] sam Trybunał wyraźnie uznaje sprawę — w zakresie jakim dotyczy ona odszkodowania za szkodę niematerialną — jako mniej lub bardziej oczywistą (...)”²¹. Biorąc pod uwagę fakt, że szkoda niematerialna występuje często, istnienie zróżnicowanych przepisów rzeczywiście „może powodować istotne zakłócenie konkurencji”²². Należy jednak zastanowić się, czy zakłócenie konkurencji jest zjawiskiem występującym tylko wtedy, gdy podmioty gospodarcze, mające swoje siedziby w różnych państwach członkowskich, będą konkurować w różnych warunkach na jednym i tym samym rynku.

W odniesieniu do odszkodowania za szkodę niematerialną w zakresie zorganizowanych usług turystycznych istotne znaczenie mają postanowienia konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych z 1980 r.²³ Zgodnie z art. 5 (5) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych art. 5 (1)–(3) znajduje zastosowanie do umów, które za łączną cenę zapewniają połączenie podróży i zakwaterowania. W konsekwencji takiego sformułowania „pasywny konsument”, nabywający od organizatora podróży w kraju swojego zamieszkania zorganizowaną usługę turystyczną, jest chroniony przez obowiązkowe przepisy (*mandatory provisions*) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt, czy organizator podróży jest podmiotem krajowym czy zagranicznym oraz czy doszło do wyboru prawa zgodnie z zasadą swobody umów czy też strony związane są zgodnie z art. 3 konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych prawem kraju miejsca zamieszkania konsumenta. W związku z tym, że obowiązkowe przepisy chroniące konsumenta znajdują zawsze zastosowanie, zakłóceniu konkurencji zapobiega odpowiednie zastosowanie właściwych norm kolizyjnych.

²⁰ Wyrok ETS w sprawie Tobacco Advertising [przyp. 19], pkt 95.

²¹ W.H. Roth: *Case law*, Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG, Judgement of 12 March 2002 (Sixth Chamber), ECR 2002, I-2631, Common Market Law Review 40 (2003), s. 943. Tłumaczenie własne; w oryginale: „However, beyond that no explanations are given, and the Court itself obviously regards the issue — as concerns compensation for non-material damage — as more or less self-evident (...)”.

²² Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 21.

²³ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations podpisana w Rzymie 19 czerwca 1980, O.J. 1980, L 226/1.

Sytuacja wygląda jednak odmiennie w przypadku „aktywnego konsumenta”, który poszukuje zorganizowanej usługi turystycznej na rynku innego niż własne państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Konsument jest wtedy pozbawiony ochrony, jaką zapewniają przepisy obowiązkowe kraju jego miejsca zamieszkania (art. 5 (2) i (3) konwencji EWG o prawie właściwym dla zobowiązań umownych). Do tej pory nie zostały jednak przedstawione żadne poważne argumenty, na podstawie których należałoby stwierdzić, że różnice między prawem poszczególnych państw członkowskich prowadzą do zakłócenia konkurencji. W ust. 9 preambuły dyrektywy 90/314/EWG znajdujemy odniesienie do nieco innego aspektu pewności konsumenta nabywającego zorganizowaną usługę turystyczną. Chodzi mianowicie o to, że rozbieżności w przepisach chroniących konsumentów w poszczególnych państwach członkowskich odstraszały konsumentów z jednego państwa członkowskiego od „aktywnego” dokonywania zakupu imprez turystycznych w innym państwie członkowskim. Stwierdzenie to nie zostało jednak poparte istotnymi dowodami. Jednakże, gdyby nawet uznać jego słuszność, należy zastanowić się, czy art. 95 TWE stanowi wystarczającą podstawę zapewnienia ochrony konsumentowi. Ochrona konsumenta mogłaby polegać na zapewnieniu minimalnego stopnia ochrony, który przysługuje mu zgodnie z przepisami kraju własnego miejsca zamieszkania. Jeżeli art. 95 TWE stanowiłby podstawę przyjęcia tego rodzaju legislacji chroniącej konsumenta, byłoby to wielkim osiągnięciem i stanowiło krok na drodze do praktycznie nieograniczonej możliwości regulacji rynku wewnętrznego²⁴.

W orzeczeniu Tobacco Advertising Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że środki przyjęte przez Wspólnotę na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) muszą *naprawdę* mieć na celu poprawienie warunków ustanawiania i funkcjonowania rynku wewnętrznego²⁵. „Jedynie znalezienie różnic w prawie pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi” i „abstrakcyjne ryzyko” przeszkód w wykonywaniu podstawowych wolności nie było wystarczającym powodem dla uzasadnienia przyjęcia legislacji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) mógłby zostać użyty jako podstawa prawna przyjęcia legislacji, która miałaby zapobiec pojawieniu się „przyszłych”, związanych z istnieniem różnych regulacji prawnych w poszczególnych państwach członkowskich, przeszkód w należytym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego. Takie „przyszłe” przeszkody musiałyby być jednak „prawdopodobne”. Niemniej powstaje mimo wszystko problem oceny „prawdopodobieństwa” zaistnienia takich przeszkód.

²⁴ Por. S. Weatherill: *The Commission's Options for Developing EC Consumer Protection and Contract Law: Assessing the Constitutional Basis*, 497 *European Business Law Review* (2002), s. 497–515.

²⁵ W przypadku gdy przyjęte przez Wspólnotę środki rzeczywiście mają na celu poprawienie warunków funkcjonowania rynku wewnętrznego, art. 95 TWE może stanowić podstawę prawną do przyjęcia takiej legislacji. Zob.: ETS sprawa C-491/01, *British American Tobacco*, [2002] ECR I-11453 oraz opinia Adwokata Generalnego Geelhoed w tej sprawie.

Należy stwierdzić zatem, że ze względu na przeniesienie ograniczonych kompetencji przez państwa członkowskie na Unię Europejską, Parlament Europejski działający wspólnie z Radą w wyniku inicjatywy Komisji Europejskiej na podstawie art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) nie posiada obecnie jurysdykcji do uchwalenia kompleksowego i w pełni wiążącego prawodawstwa. Przepis art. 95 TWE (dawny art. 100a TWE) nie nałożył bowiem na Wspólnotę generalnego uprawnienia do regulowania rynku wewnętrznego.

INTERPRETACJA ART. 5 (2) DYREKTYWY 90/314/EWG

Zarówno Europejski Trybunał Sprawiedliwości, jak i Adwokat Generalny Tizzano posługują się argumentem, zgodnie z którym odniesienie do „szkody innej niż uszkodzenie ciała”²⁶ stanowi wyraźne wskazanie, że dyrektywa 90/314/EWG w sposób ukryty „(...) rozpoznaje istnienie prawa do odszkodowania za szkodę inną niż uszkodzenie ciała, w tym szkodę niematerialną”²⁷. Zdaniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości tylko w ten sposób może zostać osiągnięta pełna skuteczność dyrektywy 90/314/EWG, gdyż zlikwidowane zostaną zakłócenia konkurencji powstające w wyniku odmiennej interpretacji pojęcia szkody przez sądy poszczególnych państw członkowskich²⁸. Europejski Trybunał Sprawiedliwości podkreślił przy tym stanowczo, że zakłócenie konkurencji wynikające jedynie z faktu, iż tylko niektóre państwa członkowskie przyjęły surowsze regulacje, osiągając tym samym wyższy poziom ochrony konsumenta, muszą zostać zaakceptowane²⁹. Zewnętrzne granice wyznacza w tym zakresie w szczególności swoboda przepływu towarów i świadczenia usług.

Przedstawiony argument nie wydaje się jednak w pełni przekonujący. „Szkoda inna niż uszkodzenie ciała może odnosić się do uszkodzenia mienia (bagaż), ekonomicznej straty powstałej w wyniku uszkodzenia ciała lub naruszenia własności, albo czystej straty ekonomicznej”³⁰. To, czy odszkodowanie obejmuje szkodę materialną (utrata lub naruszenie mienia, strata materialna) czy również szkodę niematerialną, jest kwestią nieuregulowaną wyraźnie w treści art. 5 (2) dyrektywy 90/314/EWG, a sam Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie uzasadnia, dlaczego

²⁶ Art. 5 (2) ust. 4 dyrektywy 90/314/EWG.

²⁷ Wyrok ETS [przyp. 1], pkt 23.

²⁸ Pojęcie szkody oraz jego zakres jest różnie interpretowane w państwach członkowskich, co wyraźnie wykazało przeprowadzone przez Parlament Europejski badanie: „Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code” (PE 168.511, s. 56), cytowane m.in. we wprowadzeniu do Komunikatu o europejskim prawie umów (Dz.Urz. UE z 13 września 2001 r., C 255, s. 1) [Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, 11.07.2001, (OJ 2001/C 255/01)].

²⁹ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 22.

³⁰ W.H. Roth: *Case law, Case C-168/00, Simone Leitner v. TUI...*, *op. cit.*, s. 945. Tłumaczenie własne; w oryginale: „Damage other than personal injury may refer to damage with regard to property (luggage), economic loss either caused by personal injury or an infringement of property, or pure economic loss”.

zaliczył do szkody innej niż uszkodzenie ciała także szkodę niematerialną polegającą na utracie przyjemności z wakacji. Stwierdza jedynie, że „szkody niematerialne są częstym zjawiskiem w tym zakresie”. Wydaje się, że zwykle wyróżnienie szkody, innej niż uszkodzenie ciała, nie powinno stanowić podstawowego argumentu na rzecz twierdzenia, że odszkodowanie powinno obejmować co do zasady również szkodę niematerialną, w szczególności szkodę za utratę przyjemności z wakacji³¹.

Ponadto Adwokat Generalny Tizzano zinterpretował pojęcie szkody użyte w dyrektywie 90/314/EWG między innymi przy zastosowaniu argumentu *a contrario* w stosunku do definicji szkody³² zawartej w art. 9 dyrektywy o odpowiedzialności za produkty wadliwe (dyrektywa 85/374/EWG)³³. Dyrektywa 85/374/EWG zawiera ogólną definicję szkody, nie dokonując tym samym podziału na szkodę materialną i niematerialną. Na tej podstawie Adwokat Generalny doszedł do wniosku, że ogólne sformułowanie definicji szkody w art. 9 dyrektywy 85/374/EWG było zamierzone³⁴. Adwokat Generalny podkreślił również, że dyrektywa 85/374/EWG nie określa szczegółowych warunków przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną, poddając tę kwestię prawu poszczególnych państw członkowskich (art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG). Fakt ten nie powinien stanowić argumentu przeciwko szerokiemu zakresowi pojęcia szkody, gdyż również warunki przyznania odszkodowania za szkodę materialną podlegają regulacjom prawnym poszczególnych państw członkowskich³⁵. Wydaje się jednak, że zastrzeżenie zawarte w treści art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG („Przepisy niniejszego artykułu nie naruszają przepisów prawa krajowego odnoszących się do szkody niematerialnej”) ma nieco odmienny charakter. Podkreślić należy, że dyrektywa 85/374/EWG jest oparta na zasadzie całkowitej harmonizacji. Zastrzeżenie zawarte w art. 9 zd. 2 dyrektywy 85/374/EWG ma raczej na celu wyjaśnienie, że zasada całkowitej harmonizacji nie ogranicza uprawnień państw członkowskich do przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną.

³¹ Por. R. Doehner: *Anmerkung*, EuZW (2002), s. 340–341; K. Tonner, B. Lindner: *Immaterieller Schadensersatz und der EuGH*, Neue Juristische Wochenschrift (dalej: NJW) 20 (2002), s. 1475–1476; M. Karollus: *Entgangene Urlaubsfreude und Reisen „à la carte” — Zwei EuGH-Entscheidungen zur Pauschalreise-Richtlinie*, Juristische Blätter (dalej: JBl.) 2002, s. 556–570.

³² Podkreślić należy, że art. 9 dyrektywy 85/374/EWG definiuje pojęcie szkody jedynie na potrzeby art. 1 omawianej dyrektywy.

³³ Dyrektywa z dnia 25 lipca 1985 r. w sprawie zbliżania przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących odpowiedzialności za produkty wadliwe (85/374/EWG); dalej: dyrektywa o odpowiedzialności za produkty wadliwe.

³⁴ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 35.

³⁵ Opinia Adwokata Generalnego [przyp. 6], pkt 33.

KONSEKWENCJE WYROKU EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI W SPRAWIE LEITNER DLA AUSTRII

Zgodnie z przedstawioną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie Leitner definicją pojęcia szkody i potwierdzoną w nim możliwością przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną wynikającą z umowy o podróż, polegającą w szczególności na utracie przyjemności z wakacji, austriacki sąd (Landesgericht w Linz) został zobowiązany do podjęcia próby przeprowadzenia zgodnej z dyrektywą 90/314/EWG wykładni i interpretacji odnoszących postanowień ustaw zapewniających ochronę konsumenta, tak aby roszczenie odszkodowawcze przeciwko organizatorowi podróży zostało odpowiednio uzasadnione.

Zgodnie z art. 249 TWE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest skierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Oznacza to, że dyrektywy co do zasady nie mogą być bezpośrednim źródłem uprawnień lub obowiązków jednostek³⁶. Europejski Trybunał Sprawiedliwości odrzucił w swoim orzecznictwie możliwość przyznania dyrektywom bezpośredniego horyzontalnego skutku, tj. w stosunkach prawnych między jednostkami, polegającego na bezpośrednim odwołaniu się do postanowień dyrektywy w celu uzasadnienia roszczenia jednostki przeciwko innej jednostce³⁷.

W świetle powyższych rozważań należy stwierdzić, że sąd austriacki nie powinien dojść do wniosku, że uczucie zawodu i braku satysfakcji z powodu utraconej przyjemności z wakacji kategoryzowane jako szkoda niematerialna może podlegać kompensacji *tylko i wyłącznie*, jeżeli wyraźny przepis prawa austriackiego przewiduje możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną tego rodzaju. Wynikałoby z tego bowiem, że nie jest możliwa zgodna z dyrektywą 90/314/EWG wykładnia postanowień prawa austriackiego, do której dokonania zobowiązany został właśnie sąd austriacki w wyroku w sprawie Leitner. W takim przypadku mogłaby być brana pod uwagę tylko odpowiedzialność państwowa Austrii³⁸. Jednak takie rozwiązanie jest oczywiście nieprawdopodobne.

Ponadto, poza obowiązkiem dokonania przez sąd austriacki zgodnej z dyrektywą 90/314/EWG wykładni prawa austriackiego, na ustawodawcy austriackim ciążył obowiązek wprowadzenia do prawa krajowego jasnych i jednoznacznych przepisów regulujących kwestię wynikającej z umowy odpowiedzialności za szko-

³⁶ Od tej ogólnej zasady istnieją jednak istotne wyjątki, będące następstwem braku implementacji norm dyrektywy do porządku prawnego danego państwa członkowskiego, albo dokonania implementacji niepełnej lub spóźnionej. Por. J. Barcz: *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2003, s. 253 i n.

³⁷ Po raz pierwszy ETS wyraził taki pogląd w orzeczeniu dotyczącym skutków dyrektywy o równouprawnieniu kobiet i mężczyzn — por. orzeczenie 152/84 Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Authority, Zb.Orz. 1986, s. 723. Po raz kolejny ETS wypowiedział się w omawianej kwestii w orzeczeniu Faccini Dori, Zb.Orz. 1994, I-3325 (omówienie orzeczenia w: EuZW 1994, s. 498).

³⁸ Por. K. Tonner, B. Lindner: *Immaterieller Schadenersatz...*, op. cit., s. 1476.

dę niemajątkową, tak aby doszło do pełnego transponowania postanowień dyrektywy 90/314/EWG i osiągnięta została tym samym realizacja jej postanowień³⁹. Implementacja postanowień dyrektywy 90/314/EWG została dokonana przez przyjęcie serii przepisów prawnych, spośród których największe znaczenie w omawianym zakresie ma zawarta w § 31b–31f KSchG, tzw. Reiseveranstaltungsvertrag, nowelizacja ustawy o ochronie konsumentów (Konsumentenschutzgesetz)⁴⁰. Natomiast zmiana tych przepisów, mająca na celu dostosowanie prawa austriackiego do postanowień zawartych w wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner została dokonana nieco później⁴¹, przez zmianę treści mającego centralne znaczenie w omawianym zakresie § 31e par. 3 zd. 1 KSchG, który obecnie stanowi podstawę roszczenia odszkodowawczego za szkodę niematerialną polegającą na utracie przyjemności z wakacji⁴². Odpowiedzialność organizatora podróży oparta jest na zasadzie winy.

UWAGI PRAWNOPORÓWNAWCZE

Wydaje się, że sentencja wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości odnosząca się do możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż przez organizatora lub biuro podróży jest bezpośrednio lub pośrednio potwierdzona przez dotychczasowe orzecznictwo Wspólnoty, odpowiednie konwencje międzynarodowe oraz dokonywane w ustawodawstwie i orzecznictwie państw członkowskich zmiany. Jednakże większość europejskich systemów prawnych odpowiedzialność taką ogranicza nadal tylko do szczególnych przypadków⁴³.

PRAWO NIEMIECKIE

Znaczenie orzeczenia Leitner dla Niemiec

Niemiecki kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch, dalej: BGB) w § 249 zawiera jedną z najistotniejszych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, zgod-

³⁹ Obowiązek implementowania postanowień dyrektywy 90/314/EWG ciążył na ustawodawcy austriackim już od momentu wejścia w życie układu stowarzyszeniowego Austrii z UE, tj. od 1 stycznia 1994 r., a nie od 1 stycznia 1995 r., kiedy to Austria stała się członkiem UE. O potrzebie dostosowania austriackiego prawa do postanowień dyrektywy 90/314/EWG np.: H. Mayrhofer: *Anmerkung zur Umsetzung der EG-Pauschalreiserichtlinie*, Zeitschrift für Reisevertrag (dalej: ZfRV) 1995, s. 229 i n.

⁴⁰ KSchG–Novelle 1993, BGBl 247/1993.

⁴¹ ZivRÄG 2004 (BGBl I 91/2003). Nowelizacja weszła w życie 1 stycznia 2004 r.

⁴² „Wenn der Reiseveranstalter einen erheblichen Teil der vertraglich vereinbarten Leistung nicht erbracht hat und dies auf einem dem Reiseveranstalter zurechenbaren Verschulden beruht, hat der Reisende auch Anspruch auf angemessenen Ersatz der entgangenen Urlaubsfreude”. Zob. P. Bydliński: *Geld statt Urlaubsfreude nun auch in Österreich — zwei Fragen zum neuen § 31e Abs. 3 KSchG*, JBl. 2004, nr 1, s. 66 i 67.

⁴³ Ch. von Bar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht: Teil 1 und 2*, München 2002, s. 531.

nie z którą osoba ponosi odpowiedzialność odszkodowawczą zarówno z czynów niedozwolonych (*ex delicto*), jak i z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (*ex contractu*) za całą szkodę (*restitutio in integrum*). Prawo niemieckie zawiera jednak charakterystyczny wyjątek od tej ogólnej zasady, który uregulowany został w § 253 BGB. Zgodnie z tym przepisem zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową (tzw. *Schmerzensgeld*) może być przyznane jedynie w wyraźnie przez ustawę przewidzianych przypadkach: uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, naruszenia wolności lub samostanowienia w sferze seksualnej. BGB przewiduje obecnie możliwość żądania zadośćuczynienia pieniężnego nie tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej, ale również kontraktowej (poprzednio obowiązujący § 847 BGB przewidywał możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niemajątkową jedynie w ramach odpowiedzialności *ex delicto*).

Z punktu widzenia niemieckiego dorobku prawnego orzeczenie w sprawie Leitner ma dużo mniejsze znaczenie, niż to ma miejsce w przypadku sądów austriackich. Potwierdzona w nim została mianowicie ogólna możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (utrata przyjemności z wakacji) powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż, która przewidziana jest już w niemieckim kodeksie cywilnym w § 651f BGB.

Punktem wyjścia dyskusji o możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną w Niemczech było orzeczenie Sądu Federalnego (Bundesgerichtshof, BGH) z 1956 r. (tzw. Seereise-Fall)⁴⁴. Pozwanym w omawianej sprawie nie był jednak organizator podróży, tylko niemiecki urząd celny, z winy którego bagaż podróżnych udających się na śródziemnomorski rejs wycieczkowy pozostał na lądzie. Z tej przyczyny niemieckie małżeństwo powodów dysponowało podczas dwutygodniowego rejsu jedynie ubraniami, w które byli ubrani pierwszego dnia podróży. Sąd, stwierdzając, że małżeństwo nie uzyskało pełnej wartości wykupionej wycieczki, uznał, iż niedogodności i irytacja powodów uniemożliwiające czerpanie przyjemności z wakacji stanowiły szkodę materialną⁴⁵. W wyroku BGH przyznał żonie 200 DM (marek niemieckich), a mężowi 100 DM tytułem odszkodowania⁴⁶.

Natomiast w tzw. orzeczeniu Grado z 1973 r.⁴⁷ Bundesgerichtshof odmówił przyznania odszkodowania za szkodę majątkową. W omawianej sprawie powód planował spędzić w Wenecji urlop, grając w golfa. W czasie podróży samochód powoda został zniszczony w wypadku drogowym, uniemożliwiając mu dalszą jazdę. Powód spędził urlop na polu campingowym. BGH w sprawie Grado ograniczył swoje wcześ-

⁴⁴ BGH, NJW 1956, s. 1234.

⁴⁵ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München 1997, s. 1561 oraz U. Magnus: *Damages for non-economic loss: German Developments in a comparative perspective*, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, No 3 (Jul., 1990), s. 678.

⁴⁶ Kwestia braku równości wysokości przyznanego odszkodowania nie zostanie w tym miejscu dalej rozwinięta.

⁴⁷ BGHZ 60, 214, NJW 1973, 747.

niejsze rozstrzygnięcie z 1956 r. (Seereise–Fall), stwierdzając, że w przypadku Seereise urlop powodów w wyniku utraty przez nich bagażu nie był wart tyle, ile za niego zapłacili, podczas gdy w przypadku Grado powód nie poczynił jeszcze żadnych wydatków urlopowych, a wskutek wypadku jego plany zostały jedynie pokrzyżowane⁴⁸.

Przełomowym wyrokiem, w którym potwierdzona została możliwość przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji jako szkodę materialną powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż, było orzeczenie Bundesgerichtshof z 1974 r. (tzw. Rumänien — Entscheidung)⁴⁹. BGH rozpoznał istnienie wartości majątkowej utraconego urlopu i orzekł, że miernikiem odszkodowania jest wydatek, jaki osoba pracująca musi ponieść na zakup „dodatkowego” lub „zastępczego” urlopu, tj. zmniejszenie wysokości zarobków. Ze względu na sposób określenia wysokości odszkodowania, roszczenie o naprawienie szkody powstałej w wyniku nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego z umowy o podróż mogło być podniesione jedynie przez osoby pracujące zarobkowo. Jednakże BGH zaliczył do tych osób również gospodynie domowe, tłumacząc, że poprzez swoją pracę poniekąd także one zarabiają, zwiększając „dochody rodziny” (tj. mężów)⁵⁰.

Orzeczenie Bundesgerichtshof z 1974 r. (Rumänien — Entscheidung) było tak istotne, że znalazło odzwierciedlenie we wprowadzonej w 1979 r. do niemieckiego kodeksu cywilnego szczególnej regulacji zawartej w § 651f⁵¹ ust. 2 BGB⁵², która w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy o podróż, polegającym na jej udaremnieniu lub znacznym utrudnieniu, a w szczególności na utracie przyjemności z wakacji, przyznała konsumentom prawo do wystąpienia z roszczeniem o przyznanie odpowiedniego odszkodowania pieniężnego⁵³. Jednakże wraz z wprowadzeniem omawianej regulacji pojawiło się istotne zagadnienie, czy odszkodowanie przyznane na podstawie § 651f BGB obejmuje tylko szkodę majątkową (tj. utrzymuje dotychczasowe rozwiązanie, w którym krąg osób uprawnionych do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym był ograniczony do osób pracujących zarobkowo), czy też stanowi podstawę roszczenia o naprawienie szkody niematerialnej (hipotetycznie niezależnej od braku zarobków), rozszerzając tym samym krąg podmiotów uprawnionych do wystąpienia z roszczeniem odszkodowawczym.

⁴⁸ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1561.

⁴⁹ BGH VII ZR 231/73, wyrok z dnia 10 października 1974 r. — BGHZ 63, 98; NJW 1975, 40.

⁵⁰ Por. K. Tonner (w:) *Münchener Kommentar...*, op. cit., s. 1561.

⁵¹ Ze względu na sposób sformułowania przepisów regulujących umowę o podróż (*Reisevertrag*) w BGB, § 651f BGB może być postrzegany jako jeden z ustawowych wyjątków, o których mowa w § 253 BGB, ponieważ zgodnie z treścią tego przepisu zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową może być przyznane jedynie w wypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie.

⁵² § 651a–m BGB, które w niemieckim prawie regulują umowę o podróż (*Reisevertrag*), nie zostały w omawianym zakresie zmienione dokonaną reformą prawa zobowiązań (*das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* vom 26.11.2001, *dBGB I* 2001; ustawa weszła w życie 1 stycznia 2002 r.). Pewnych zmian dokonano w § 651a, 651d, 651g, 651e, 651i BGB.

⁵³ Zob. komentarz J. Eckerta do § 651f ust. 2 BGB (w:) J. Staudinger: *Kommentar zum BGB* (2001).

Już z pierwszego wyroku BGH wydanego w 1982 r.⁵⁴, w którym rozstrzygnięcie sprawy oparte zostało na § 651f BGB, wynika skłonność sądu do szerokiego ujmowania odpowiedzialności odszkodowawczej. Wprawdzie Bundesgerichtshof nie określił w swym orzeczeniu, jakiego rodzaju szkodę — materialną czy niematerialną — miał na myśli, pozostawiając tę kwestię otwartą, to jednak podkreślił wyraźnie możliwość swobodniejszego wymiaru odszkodowania, tj. nieograniczającego się jedynie do osób pracujących zarobkowo, i przyjął cenę podróży (*Reisepreis*) jako właściwe kryterium ustalenia wysokości odszkodowania na podstawie § 651f BGB.

W następnych latach sądy niemieckie przyznawały poszkodowanym podróżnym, których wypoczynek został zmarnowany w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, odszkodowanie pieniężne w wysokości mniej lub bardziej zbliżonej do wartości utraconych dni podróży (*Resterholungswert*)⁵⁵.

MODEL ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ W § 651F BGB ORAZ ART. 5 UST. 2 DYREKTYWY 90/314/EWG

§ 651f BGB

Roszczenie oparte na § 651f ust. 1 BGB — w przeciwieństwie do roszczenia wynikającego z § 651c–e BGB — wymaga istnienia winy organizatora podróży jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej. Zgodnie z § 276 ust. 1 BGB dłużnik ponosi odpowiedzialność za umyślne oraz nieumyślne (niebaldstwo) działanie i zaniechanie (*Vorsatz und Fahrlässigkeit*). Z winą nieumyślną (*Fahrlässigkeit*) mamy do czynienia, gdy dłużnik nie wykonuje ciążącego na nim zobowiązania zgodnie z wymaganą w stosunkach danego rodzaju starannością (§ 276 ust. 2 BGB). Ponadto, zawinienie osób świadczących usługi na rzecz organizatora podróży zostanie zasadniczo przypisane właśnie jemu, gdyż ponosi on odpowiedzialność za osoby, którymi posługuje się przy wykonaniu powierzonych czynności (odpowiedzialność na zasadzie ryzyka). Tego rodzaju odpowiedzialność, mimo że nie może zostać wyłączona, to zgodnie z § 651h BGB podlega pewnym ograniczeniom.

Z § 651f ust. 1 BGB wynika domniemanie winy organizatora podróży. Może się on zwolnić z odpowiedzialności, jedynie dowodząc, że niewykonanie zobowiązania wynikającego z umowy o podróż jest następstwem okoliczności, za które ani on, ani żadna z osób, którymi posługuje się przy wykonaniu swojego zobowiązania, odpowiedzialności nie ponosi⁵⁶.

Uregulowana w § 651f BGB implementacja postanowień dyrektywy 90/314/EWG nie jest jednak dokładnym odzwierciedleniem regulacji w niej zawartej. Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przewiduje bowiem wyraźne ograniczenie

⁵⁴ BGH, wyrok z dnia 23 września 1982 r. — LM nr 2, NJW 1983, 35.

⁵⁵ BGH, wyrok z dnia 20 stycznia 1987 r. — VI ZR 182/85, NJW 1988, 1350.

⁵⁶ Zob. komentarz J. Eckerta do § 651f BGB (w:) J. Staudinger: *Kommentar zum BGB* (2001).

okoliczności egzoneracyjnych, na które organizator podróży może powoływać się w celu zwolnienia się z odpowiedzialności. Przede wszystkim organizator podróży może zwolnić się dowodem braku winy, a poza tym istnieniem: zaniedbań spowodowanych przez konsumenta, zaniedbań osób trzecich, których nie można było przewidzieć lub uniknąć, a także siłą wyższą i „zdarzeniem, którego organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub usługodawca, nawet zachowując należytą staranność, nie mógł przewidzieć lub im zapobiec”. Takie sformułowanie zawarte w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG odpowiada definicji należytej staranności zawartej w § 276 ust. 2 BGB i nic nie wskazuje na to, aby dyrektywa 90/314/EWG przewidywała jakieś ostrzejsze wymagania w tym względzie⁵⁷.

Jednakże nawet obecne uregulowanie § 651f BGB jest chronione przez ogólną zasadę zgodnej z dyrektywą wykładni postanowień prawa krajowego i dlatego też w razie jakichkolwiek wątpliwości treść § 651f BGB należy interpretować zgodnie ze sformułowaniami i celami dyrektywy 90/314/EWG. Oznacza to, że zwolnienie się organizatora podróży od odpowiedzialności na podstawie § 651f BGB będzie możliwe tylko, jeżeli przynajmniej jedna z trzech wymienionych w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przesłanek zostanie spełniona.

Stwierdzić należy zatem, że dyrektywa 90/314/EWG nie ogranicza bardziej niż § 651f BGB, wymagający istnienia winy jako przesłanki odpowiedzialności, możliwości zwolnienia się przez organizatora podróży od odpowiedzialności (*Entlastungsmöglichkeit*).

Art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG

Artykuł 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG zawiera klauzulę generalną, która przyznaje konsumentowi prawo do odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o podróż, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy nie wynika z winy organizatora i/lub punktu sprzedaży detalicznej ani z winy innego usługodawcy, a jest wynikiem:

- zaniedbań, które ujawnią się w trakcie wykonywania umowy, spowodowanych przez konsumenta,
- takich zaniedbań, które spowodowane są przez stronę trzecią, niezwiązaną ze świadczeniem usług objętych umową i których nie można było przewidzieć ani uniknąć,
- braków spowodowanych siłą wyższą (...) lub zdarzeniem, którego organizator i/lub punkt sprzedaży detalicznej lub usługodawca, nawet zachowując należytą staranność, nie mógł przewidzieć lub im zapobiec.

Sformułowanie art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wskazuje wprawdzie na odpowiedzialność na zasadzie winy, jednakże sama treść przepisu zawiera w sobie

⁵⁷ Por. K. Tonn: *Entlastungsbeweis des Reiseveranstalters bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung*, NJW 2005, nr 7, s. 420.

wyraźną sprzeczność, która wywołuje wiele problemów interpretacyjnych⁵⁸. Chodzi mianowicie o to, że gdyby nie zapoczątkowana przez wyrażenie „chyba że” regulacja wyjątków określających okoliczności wyłączające odpowiedzialność, z pierwszej części art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG wynikałaby odpowiedzialność obiektywna⁵⁹. Nie byłoby to jednak zgodne z zawartym w ust. 17 preambuły dyrektywy 90/314/EWG odniesieniem do winy jako przesłanki odpowiedzialności.

W tym miejscu przywołać należy orzeczenie BGH z 9 listopada 2004 r. (tzw. Reitunfall)⁶⁰, które jest niezwykle ważne z tego względu, że sąd krajowy nie zadał pytania wstępnego Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości, uznając kwestię odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG jako jasną i jednoznaczną (doktryna orzecznicza *acte clair*⁶¹). Zdaniem Bundesgerichtshof w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG chodzi zdecydowanie o odpowiedzialność na zasadzie winy, z domniemaniem istnienia winy po stronie organizatora podróży. Kwestia ta nie jest jednak tak jednoznaczna dla przedstawicieli doktryny, jak była dla BGH, a samo sformułowanie treści art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG dostarcza argumentów zarówno na poparcie twierdzenia o istnieniu odpowiedzialności obiektywnej⁶², jak również opartej za zasadzie winy⁶³. Wydaje się jednak, że chodzi właśnie o odpowiedzialność na zasadzie winy, w przeciwnym wypadku dyrektywa 90/314/EWG w art. 5 ust. 2 w ogóle nie posługiwałaby się słowem „wina”. Z tego też względu katalog okoliczności egzoneracyjnych zawartych w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG nie powinien być postrzegany jako zamknięty⁶⁴.

Innym orzeczeniem zasługującym w tym miejscu na uwagę jest wyrok wydany w dniu 13 czerwca 2001 r. przez brytyjski Court of Appeal w sprawie Hone v. Going Places Leisure Travel Ltd.⁶⁵ Sprawa dotyczyła odpowiedzialności biura podróży (*travel agent*), a nie organizatora podróży (*tour operator*)⁶⁶, za wypadek (uraz krę-

⁵⁸ Por. F. Zoll: *UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference im Bereich der Leistungsstörungen: Ein Beitrag aus der Perspektive der Acquis Group*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, nr 1, s. 243.

⁵⁹ Zwolennicy odpowiedzialności obiektywnej przekonują, że słowo „wina” nie zostało użyte w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG jako element ustanawiający odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, lecz jedynie jako element wymienionych w tym przepisie okoliczności egzoneracyjnych, na podstawie których organizator może zwolnić się z odpowiedzialności.

⁶⁰ BGH, wyrok z dnia 9 listopada 2004 r. — X ZR 119/01, NJW 2005, 418 i n.

⁶¹ Por. wyrok ETS w sprawie Srl CILFIT i Lanificio di Gavarda SpA v. Ministerstwo Zdrowia, ECR 1982, s. 3415, omówiony w polskiej literaturze przez J. Skrzydłę: *Doktryna „acte clair” w orzecznictwie Trybunału Wspólnot Europejskich i sądów państw członkowskich Unii Europejskiej*, Państwo i Prawo (dalej: PiP) 1998, z. 1, s. 49 i n.

⁶² Zob.: K. Tonner: *Entlastungsbeweis...*, op. cit., s. 420; M. McDonald: *Revisiting organiser liability under the Package Travel Directive. Part two*, (2003) International Travel Law Journal, s. 211–225; E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 336.

⁶³ Zob. F. Zoll: *UN-Kaufrecht und Common Frame of Reference...*, op. cit., s. 243.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 244. Odmiennie: E. Łętowska: *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 337.

⁶⁵ Hone v. Going Places Leisure Travel Ltd. [2001] EWCA Civ 947, którego orzeczenie znalazło również odzwierciedlenie w późniejszym wyroku County Court w sprawie Grahame v. JMC Holidays, jak odnotowano w Field Fisher Waterhouse Briefing Articles–Spring 2002.

⁶⁶ Kwestia tego, czy pozwani działali jako biuro podróży czy też jako organizator podróży, miała istotne znaczenie w postępowaniu przed High Court, który orzekł, że pozwani „przedstawili się” jako organizator podróży i z tego właśnie względu byli potencjalnie odpowiedzialni za niewykonanie umowy.

goshupa, jakiego doznał Gerard Hone), do którego doszło podczas, będącej wynikiem informacji o podłożeniu bomby, ewakuacji z samolotu.

W omawianej sprawie sąd musiał rozstrzygnąć dwa sporne zagadnienia: czy reg. 15 The Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulations z 1992 r.⁶⁷ przewiduje odpowiedzialność obiektywną (*strict liability*) oraz czy fakt, że to powód musi dowieść istnienia winy po stronie biura podróży (*travel agent*) na podstawie reg. 15 Package Tavel Regulations, jest zgodny z dyrektywą 90/314/EWG. Sąd orzekł, że zgodnie z reg. 15 (2) to właśnie na powódzie ciążył obowiązek udowodnienia nienależytego wykonania zobowiązania (*improper performance*), tj. wykazania, że odniesione przez niego uszkodzenia ciała (*injury*) są wynikiem zawinionego działania lub zaniechania podmiotów świadczących usługi w ramach zorganizowanej wycieczki. Wykazanie nienależytego wykonania zobowiązania stanowiącego *breach of contract* jest możliwe poprzez odwołanie się do postanowień łączącej strony umowy. Ze względu na fakt, iż w łączącej strony umowie nie było żadnych szczególnych postanowień nakładających na biuro podróży (*travel agent*) absolutną odpowiedzialność (*strict liability*), to zobowiązanie powinno być wykonane z zachowaniem należytej staranności (*reasonable skill and care*) i w związku z tym należy wykazać winę organizatora podróży, biura podróży lub innego podmiotu świadczącego usługi (*fault-based liability*). „Odpowiedzialność nie była zatem absolutna, czy też ścisła, podlegająca wyjątkom”⁶⁸. Sąd podkreślił, że pomimo istnienia w omawianym przepisie zależnych od winy okoliczności egzoneracyjnych, powód powinien był wykazać winę biura podróży (*travel agent*).

Podkreślić należy ponadto, że w samej dyrektywie 90/314/EWG uregulowana została jeszcze jedna podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej. Artykuł 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG stanowi mianowicie podstawę roszczenia odszkodowawczego w przypadku, gdy po rozpoczęciu podróży znacząca część usług objętych imprezą turystyczną nie została zrealizowana lub organizator przewiduje, że nie będzie w stanie znacznej ich części zrealizować. Stosownie do okoliczności organizator jest wtedy zobowiązany do zapłaty odszkodowania z tytułu różnicy pomiędzy usługami oferowanymi a tymi, które zostały zrealizowane. W tym przypadku mamy zdecydowanie do czynienia z odpowiedzialnością obiektywną. W sformułowaniu art. 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG nie znajdziemy bowiem żadnego odniesienia czy też wykorzystania słowa „wina”. Wobec tak odmiennego uregulowania

⁶⁷ Statutory Instruments Number 3288 of 1992; dalej: Package Travel Regulations.

⁶⁸ Zob. [przyp. 67], „Liability was thus not absolute or strict, subject to exceptions”. Po uchwaleniu Package Travel Regulations panowało zgodne przeświadczenie, że przez takie a nie inne sformułowanie treści reg. 15 Package Travel Regulations doszło do istotnej zmiany, w wyniku której organizatorzy podróży ponoszą teraz swojego rodzaju kwalifikowaną odpowiedzialność obiektywną (*qualified strict liability*), przez co należy rozumieć fakt, iż ich odpowiedzialność została rozszerzona poza odpowiedzialność na zasadzie winy, ale nie jest ona również pełną odpowiedzialnością obiektywną (*full strict liability*). Por. Saggerson [2001] ITLJ, s. 116; Atherton: *Tour Operator's Responsibility for Package Holidays: Common Law takes the EC Directive Model Global*, [1996] TLJ, s. 90; McDonald: *Revisiting Organiser Liability under the Package Travel Directive*, [2003] ITLJ, s. 131; D. Grant, S. Mason: *Holiday Law*, wyd. 4, London 2007, s. 126.

w art. 4 ust. 7 dyrektywy 90/314/EWG obiektywnej odpowiedzialności odszkodowawczej, wydaje się, że rzeczywiście w art. 5 ust. 2 mamy do czynienia z odpowiedzialnością na zasadzie winy. Fakt odmiennego uregulowania tych dwóch rodzajów odpowiedzialności w tym samym instrumencie prawnym może stanowić dodatkowy argument dla przyjęcia, że art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG przewiduje zależną od istnienia winy odpowiedzialność.

W nauce przyjmuje się zasadniczo, że odpowiedzialność odszkodowawcza uregulowana w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG jest oparta na zasadzie winy, a zawarte w tym przepisie wyliczenie okoliczności zwalniających od odpowiedzialności jest jedynie przykładowe.

COMMON LAW

W systemie *common law* podstawowym środkiem przyznawanym stronie poszkodowanej w wyniku niewykonania umowy jest odszkodowanie (*damages*). Wynika to z faktu, że w tradycyjnym ujęciu szkoda powstała w wyniku *breach of contract* rozumiana jest w czysto materialnym ujęciu⁶⁹. *Stricte* kompensacyjny charakter odszkodowania wyrażony jest w stwierdzeniu, że „zasadą w systemie *common law* jest postawienie strony, która w wyniku niewykonania umowy poniosła szkodę, tak dalece jak można to osiągnąć za pomocą pieniędzy, w takiej samej sytuacji, w odniesieniu do odszkodowania, jak gdyby umowa została wykonana” (*Robinson v. Harman*)⁷⁰ (*restitutio in integrum*). Odszkodowanie takie jest bezsprzecznie dostępne w przypadku szkody materialnej⁷¹. Natomiast możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (*non-pecuniary loss*) taką jak ból fizyczny (*pain*), cierpienie (*suffering*) czy cierpienie psychiczne (*mental distress*) pozostaje nadal kwestią niepewną, wywołującą wiele wątpliwości⁷² zarówno w orzecznictwie sądów⁷³, jak i w doktrynie⁷⁴.

⁶⁹ Por. E. McKendrick: *Breach of Contract and the Meaning of Loss*, Current Legal Problems (1999), s. 53 i n. oraz E. McKendrick, K. Worthington: *Damages for Non-Pecuniary Loss* (w:) E. McKendrick, N. Cohen (red.): *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford and Portland, Oregon (2005), s. 287 i n.

⁷⁰ *Robinson v. Harman* (1848) LR 1 Exch. 850, 855. Tłumaczenie własne; w oryginale: „(...) the rule of the common law is, where a party sustains loss by reason of a breach of contract, he is, so far as money can do it, to be placed in the same situation, with respect to damages, as if the contract had been performed”.

⁷¹ *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd. v. Underground Electric Railways Co of London Ltd.* (1912) AC 673, s. 679.

⁷² *Branchett v. Beaney* (1992) 3 All ER 910, s. 916. „(...) the authorities are not wholly consistent”.

⁷³ Por. chociażby: *Hayes v. James and Charles Dodd* [1990] 2 All ER 815; *Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR 1421; *Knott v. Bolton* (1995) 11 Const LJ 375; *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] UKHL 49, [2002] 2 AC 732; *Johnson v. Gore Wood & Co* [2002] 2 AC 1; *Johnson v. Unisys Ltd.* [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518; *Hamilton Jones v. David & Snape (a firm)* [2003] EWHC 3147 (Ch), [2004] 1 All ER 657.

⁷⁴ Por. [przyp. 69] oraz A. Tattenborn: *Non-Pecuniary Loss: The Right Answer but Bad Reasoning*, 2 Journal of Obligations and Remedies (2003), s. 94 i n.; C. Mitchell: *Promise, Performance and Damages for Breach of Contract*, 2 Journal of Obligations and Remedies (2003), s. 67 i n.; E. Enonchong: *Breach of Contract and Dama-*

Na początku XX w. w Wielkiej Brytanii odmawiano możliwości przyznania odszkodowania za cierpienie będące konsekwencją niewykonania zobowiązania wynikającego z umowy (*Groom v. Crocker*⁷⁵). W następnych latach przyjęto odmienne podejście i uznawano możliwość przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną (*McCall v. Abelesz*⁷⁶). Z ostatnich orzeczeń sądów wynika jednak, że co do zasady nie ma możliwości przyznania odszkodowania za cierpienie psychiczne (*mental distress*) powstałe w wyniku niewykonania umowy (*Watts v. Morrow*⁷⁷)⁷⁸. Jednakże od tak surowej ogólnej reguły przewidziane zostały pewne wyjątki dotyczące określonych rodzajów umów pozwalające na przyznanie odszkodowania za szkodę niematerialną, które jednak w dalszym ciągu traktować należy jako wyjątek niż ogólną regułę kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej⁷⁹.

Niektórzy przedstawiciele doktryny⁸⁰ są zdania, że możliwość przyznania odszkodowania za cierpienie psychiczne (*mental distress*) powinna być niezależna od rodzaju łączącej strony umowy i oparta na ogólnych zasadach odpowiedzialności kontraktowej, z jej normalnymi ograniczeniami⁸¹. Choć takie podejście jest zgodne z regułą określoną w sprawie *Robinson v. Harman*⁸², to jednak pozostaje w sprzeczności z ostateczną, ogólną zasadą ukształtowaną przez House of Lords w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd.*⁸³, zgodnie z którą w systemie *common law* nie ma możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykonania umowy⁸⁴. Z tego względu orzeczenie w sprawie *Addis* stanowi istot-

ges for Mental Distress, 16 Oxford Journal of Legal Studies (1996), s. 617 i n.; B. Jackson: *Injured Feelings Resulting from Breach of Contract*, 26 International and Comparative Law Quarterly (1977), s. 502 i n.; E. MacDonald: *Contractual Damages for Mental Distress*, 7 Journal of Contract Law (1994), s. 134 i n.

⁷⁵ *Groom v. Crocker* (1939) 1 KB 194.

⁷⁶ *McCall v. Abelesz* (1976) QB 585.

⁷⁷ *Watts v. Morrow* (1991) 1 WLR 1421.

⁷⁸ *Blis v. South East Thames R.H.A.* [1987] ICR 700. Por. B. Jackson: *Injured Feelings Resulting from Breach of Contract*, 26 International and Comparative Law Quarterly (1977), s. 502 i n.; E. MacDonald: *Contractual Damages for the Mental Distress*, 7 Journal of Contract Law (1994), s. 134 i n.; A. Tettenborn: *Non-Pecuniary Loss...*, *op. cit.*, s. 95.

⁷⁹ Por. E. McKendrick, K. Worthington: *Damages for Non-Pecuniary Loss*, *op. cit.*, s. 289.

⁸⁰ A. Burrows: *Remedies for torts and breach of contract*, 2 wyd., 1994, s. 237.

⁸¹ N. Enonchong: *Breach of Contract...*, *op. cit.*, s. 618.

⁸² Zob. [przyp. 70].

⁸³ *Addis v. Gramophone Co Ltd.* (1909) AC 488 (HL). Jednakże zasada ta wydaje się o wiele starsza. Już w sprawie *Hamlin v. Gt. N. Ry. Co* (1856) 1 H & N 408 sąd orzekł, że poirytowany pasażer czekający na opóźniony pociąg nie był uprawniony do odszkodowania i przyznał jedynie 5\$ ze względu na poniesione przez niego dodatkowe wydatki.

⁸⁴ E. MacDonald, *Contractual Damages...*, *op. cit.*, s. 134 i n. Jednakże, jak dowodzi w swoim artykule N. Enonchong, *Breach of Contract...*, *op. cit.*, s. 620 i n., samo orzeczenie w sprawie *Addis* nie powinno stanowić przeszkody, dla której w systemie *common law* nie ma możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną. W orzeczeniu *Addis* House of Lords przyznał powodowi odszkodowanie za utracone w wyniku niewykonania umowy (*breach of contract*), polegające w tym przypadku na uniemożliwieniu wykonywania pracy) zarobki oraz prowizję od sprzedaży, odmówił jednak przyznania odszkodowania za krzywdę moralną i utratę reputacji spowodowane „obcesowym” i „upokarzającym” zwolnieniem z pracy, ze względu na fakt, iż nie były one konsekwencją niewykonania umowy (*breach of contract*), tylko okoliczności towarzyszących samemu zwolnieniu (*circumstance accompanying a breach*). Żaden Lord Justice (sędzia w House of Lords) nie sugerował, że rozwiązanie przedmiotowej kwestii byłoby inne, gdyby szkoda poniesiona przez powoda była szkodą pieniężną. Enonchong przedstawia

ny wyjątek od ogólnej zasady umownego odszkodowania. Sądy, dostrzegając potrzebę złagodzenia surowej reguły ustanowionej przez House of Lords w sprawie *Addis*, stworzyły ograniczoną grupę wyjątków, które wyrażają tendencję do poszerzania zakresu obowiązku odszkodowawczego, powodując jednocześnie dalszą niepewność i zamieszanie.

Jeden z wyjątków od zasady wyrażonej w orzeczeniu *Addis*, który sformułowany został w sprawie *Watts v. Morrow*⁸⁵, to grupa spraw kategoryzowana ze względu na przedmiot umowy (tzw. *object of the contract cases*)⁸⁶. W tej kategorii znajdują się sprawy, w których przedmiotem umowy było zapewnienie relaksu podczas wakacji⁸⁷, fotografii ślubnych⁸⁸, wolności od napastowania i molestowania⁸⁹.

Drugi wyjątek obejmuje sprawy, w których cierpienie psychiczne (*mental distress*) i uczucie dyskomfortu są wynikiem fizycznej konsekwencji niewykonania umowy (*Hobbs v. London and South Western Railway Co*)⁹⁰⁹¹.

W sprawie *Watts and Morrow*⁹² rzeczoznawca budowlany nie ujawnił w swoim raporcie wad domu, w którym powodowie zamierzali spędzać wakacje. W konsekwencji powodowie musieli dokonać kosztownych napraw, co sprawiło, że byli oni zawiedzeni, niezadowoleni i zestresowani. Z tych właśnie powodów wystąpili oni z powództwem, domagając się zapłaty odszkodowania za niedogodności oraz cierpienie psychiczne. Sąd zezwolił jednak tylko na roszczenie odszkodowawcze spowodowane dyskomfortem lub niedogodnością, a odrzucił roszczenie o cierpienie psychiczne (*mental distress*), ponieważ nie zgodził się ze stwierdzeniem, że rzeczoznawca budowlany zobowiązał się do zapewnienia powodom „spokoju” (*peace of mind*).

inne powody, dla których w systemie *common law* nie powinno być możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną tego rodzaju.

⁸⁵ Zob. [przyp. 77].

⁸⁶ Bingham LJ w sprawie *Watts v. Morrow* [przyp. 77], s. 1445: „the very object of a contract is to provide pleasure, relaxation, peace of mind or freedom from molestation”. Zob. również: G.H. Treitel: *The law of contract*, London 1995, s. 892.

⁸⁷ *Stedman v. Swan Tours* [1951], *Jarvis v. Swan Tours* [1973] 1 All ER 71. Sprawa uznawana jest za pierwszą, w której przyznano odszkodowanie za cierpienie psychiczne (*mental distress*), gdy okazało się, że standard hotelu w Szwajcarii okazał się niższy od przyręczonego. Por. jednak: *Feldman v. Allways* [1957] CLY 934, *Jackson v. Horizon Holidays* [1975] 3 All ER 92, *Baltic Shipping v. Dillon* [1993] 111 ALR 289.

⁸⁸ *Diesen v. Samson* [1971] SLT (Sh Ct) 49. Z powodu niewykonania umowy przez fotografa powodowie zostali pozbawieni wspomnień (pamiątki) ze swojego ślubu. Sąd przyznał odszkodowanie tylko za utratę „sentymentalnego pożytku” z fotografii, ponieważ niewykonanie umowy nie spowodowało żadnej straty pieniężnej.

⁸⁹ *Heywood v. Wellers* [1976] 1 All ER 300 — na skutek błędu prawnika, który reprezentował powódkę w sprawie o molestowanie, nie uzyskała ona ochrony prawnej.

⁹⁰ *Hobbs v. London and South Western Railway Co* [1875] LR 10 QB 111. Powodowie (oprócz ceny biletu) uzyskali odszkodowanie za niedogodności i fizyczny dyskomfort spowodowane brakiem dowiezienia ich przez firmę kolejową do właściwego miejsca, będącego celem podróży.

⁹¹ Zob. Bingham LJ w sprawie *Watts v. Morrow* [przyp. 77], s. 1445: „physical inconvenience and discomfort caused by the breach and mental suffering directly related to that inconvenience and discomfort”.

⁹² Zob. [przyp. 77].

Jednakże już w sprawie *Farley v. Skinner*⁹³, w której rzeczoznawca budowlany wyraźnie zapewniał, iż dom znajduje się w spokojnej okolicy, w wyniku apelacji powoda House of Lords przyznał skromną sumę tytułem odszkodowania za niedogodności oraz cierpienie, kiedy dom okazał się znajdować pod wpływem hałasu spowodowanego przez przelatujące w jego pobliżu samoloty. House of Lords stwierdził, że w danej sprawie odszkodowanie mogło zostać przyznane na jednej z dwóch możliwych podstaw. Po pierwsze, w przedmiotowej sprawie istotnym postanowieniem umownym była kwestia wykonania zobowiązania umownego przez rzeczoznawcę budowlanego w sposób zapewniający powodowi „spokój” (*peace of mind*) oraz wolność od cierpień psychicznych (*mental distress*), przy czym zapewnienie powodowi wolności od tego rodzaju uciążliwości nie musi być głównym zobowiązaniem umownym pozwanego, wystarczy, że jest zobowiązaniem istotnym⁹⁴. Odszkodowanie w takim przypadku należy się również w sytuacji, gdy pozwany nie dołożył należytej staranności wymaganej od niego ze względu na posiadaną przez niego wiedzę i umiejętności (*reasonable care and skill*). Po drugie, przedmiotowa sprawa mogła być również zakwalifikowana do grupy wyjątków, w której wyraźnie przewidziana jest możliwość przyznania odszkodowania za fizyczne niedogodności (*physical inconvenience*), gdyż odgłosy przelatujących samolotów powodowały rzeczywisty dyskomfort (*real discomfort*)⁹⁵.

Ponadto, krzywda nie podlega jednak naprawieniu, jeżeli umowa zawierana jest w ramach lub w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą⁹⁶.

Istotne jest również jedno ze stosunkowo niedawnych orzeczeń House of Lords wydane w sprawie *Dunnachie v. Kingston upon Hull City Council*⁹⁷, w którym wyraźnie odmówiono możliwości przyznania odszkodowania za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewłaściwego zwolnienia z pracy (*an unfair dismissal*)⁹⁸.

W świetle powyższych rozważań stwierdzić należy, iż co do zasady w systemie *common law* naruszenie umowy (*breach of contract*) nie daje podstaw do zadośćuczynienia pieniężnego za szkodę niemajątkową. Jednakże w przypadku, gdy w wyniku *breach of contract* dojdzie do wystąpienia szkody w postaci pewnych szczególnych niedogodności, poczucia dyskomfortu, niepokoju, obaw (*inconvenience, loss of amenity, distress, anxiety*), które ze względu na treść łączącej strony umowy nie powinny wystąpić, sąd bierze pod uwagę roszczenie o zadośćuczynienie

⁹³ *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 899 (HL).

⁹⁴ Zob.: [2001] 2 UKHL 49; [2002] 2 AC 732, s. 746 Lord Steyn, s. 753 Lord Clyde, s. 757 Lord Hutton, s. 768 Lord Scott. W tym właśnie względzie House of Lords nie zgodził się z większością składu sędziowskiego Court of Appeal orzekającego w tej sprawie.

⁹⁵ *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 899 (HL).

⁹⁶ Tak Lord Staughton w orzeczeniu Court of Appeal z 1988 r. w sprawie *Hayes v. James and Charles Dodd* (a firm) 2 All ER, s. 815.

⁹⁷ [2004] UKHL 34.

⁹⁸ Por. również orzeczenie w sprawie *Johnson v. Unisys Ltd.* [2001] UKHL 13, [2003] 1 AC 518, omówione przez H. Collins: *Recent Cases, Notes, Claim for Unfair Dismissal*, 30 *Industrial Law Journal* (2001), 305–309 oraz następujący po artykule komentarz M. Freeland, 30 *Industrial Law Journal* (2001), 309–311.

obok roszczenia głównego o charakterze majątkowym, przyznając zwykle skromne odszkodowanie⁹⁹. Podkreślić należy równocześnie, że w pewnych sytuacjach subiektywna ocena stopnia wykonania zobowiązania wynikającego z umowy może jednak przekraczać jego wartość rynkową — tzw. nadwyżka konsumencka („consumer surplus” — *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth*¹⁰⁰).

W systemie *common law* widoczna jest wyraźna tendencja do poszerzania zakresu kompensacji krzywdy wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.

PRAWO FRANCUSKIE

Rozwiązania dotyczące możliwości przyznania odszkodowania za krzywdę wynikającą z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przyjęte w prawie francuskim są wyjątkowe w porównaniu z rozwiązaniami innych państw europejskich. W prawie francuskim zasadą jest przyznanie odszkodowania za każdego rodzaju szkodę (*dommage, préjudice*), obejmującą zarówno *damnum emergens* (strata), jak i *lucrum cessans* (utracone korzyści), powstałą w wyniku niewykonania zobowiązania wynikającego z umowy¹⁰¹, z tym zastrzeżeniem, że szkoda musi być natychmiastowym i bezpośrednim następstwem niewykonania zobowiązania¹⁰², a w przypadku gdy niewykonanie zobowiązania nie jest zawinione (*dolus*), ta ogólna zasada podlega dalszemu ograniczeniu, zgodnie z którym szkoda musi być również przewidywalna¹⁰³. W prawie francuskim występuje ponadto wymóg *mise en demeure*, bez którego co do zasady nie należy się żadne odszkodowanie.

Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo, na podstawie ogólnych przepisów francuskiego kodeksu cywilnego, wyraźnie i w szerokim zakresie dopuszczają obecnie możliwość kompensacji zarówno szkody materialnej (*dommage matériel*), jak również szkody niematerialnej (*dommage moral*)¹⁰⁴, tj. między innymi krzywdy także w ramach odpowiedzialności kontraktowej¹⁰⁵. Jednym z powodów takiego podejścia

⁹⁹ Por. też: The Law Commission Report No 257, Damages for Non-Pecuniary Loss (1999) omówiony również przez T. Weira (w:) *A Casebook On Tort*, wyd. 9, London 2000.

¹⁰⁰ *Ruxley Electronics and Construction Ltd. v. Forsyth* [1996] AC 344 HL.

¹⁰¹ Art. 1149 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰² Art. 1151 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰³ Art. 1150 francuskiego kodeksu cywilnego (Code civil).

¹⁰⁴ Odszkodowanie takie zostało przyznane: za naruszenie reputacji aktorki, gdy teatr, w którym miała występować, wydrukował plakaty reklamujące spektakl z jej imieniem i nazwiskiem napisanymi za małą czcionką w stosunku do uzgodnionej w umowie (Trib. com. Seine 20.02.1932; Gaz. Pal. 1932.1.895); za cierpienie krewnych zmarłego związane z nienależytym wykonaniem pochówku przez grabarza (Trib. Seine 20.12.1932, S. 1933.2.44). Również cierpienie spowodowane śmiercią konia, do której doszło w wyniku niewykonania umowy, stanowi przykład kompensacji szkody niematerialnej (Civ. 16.01.1962, D. 1962.199, S. 1962.281, JCP 1962.II.12447).

¹⁰⁵ Zob. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette: *Droit civil, Les obligations*, Paris 2002, s. 541; M. Safjan: *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Zakamycze 2004, s. 259 i 262.

do możliwości kompensacji szkody niematerialnej jest fakt, że odszkodowania za szkodę niematerialną (*dommage moral*) można bez problemów dochodzić w ramach odpowiedzialności deliktowej¹⁰⁶.

W tym miejscu podkreślić należy, że właśnie takie rozwiązanie, przyznające wierzycielowi prawo do kompensacji szkody niemajątkowej wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego, uzyskało zdecydowane poparcie w ramach prac nad cywilnoprawnymi regulacjami o charakterze międzynarodowym i znalazło *expressis verbis* odzwierciedlenie — jako ogólna zasada — zarówno w 7.4.2 pkt 2 Zasad UNIDROIT¹⁰⁷, jak również Zasad Europejskiego Prawa Kontraktowego¹⁰⁸.

PRAWO POLSKIE

W prawie polskim dominował i nadal dominuje pogląd wywodzący się z regulacji zawartej w art. 157 § 3 k.z., na podstawie którego zadośćuczynienie za krzywdę można było żądać jedynie w wypadkach wyraźnie przez ustawę przewidzianych¹⁰⁹. Warto podkreślić, że kodeks zobowiązań stwarzał jednak w pewnym sensie możliwość dochodzenia zadośćuczynienia za krzywdę powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy na podstawie art. 242 k.z., który to nakazywał odpowiednie stosowanie do odpowiedzialności kontraktowej przepisów o naprawieniu szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym¹¹⁰. Ze względu na fakt, iż kodeks cywilny nie przewiduje odpowiednika art. 242 k.z., treść przepisów regulujących obecnie zasady odpowiedzialności cywilnej skłania większość przedstawicieli doktryny do reprezentowania poglądu, zgodnie z którym krzywda powstała wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego nie daje w zasadzie podstaw do przyznania zadośćuczynienia w ramach odpowiedzialności *ex contractu*¹¹¹. Za takim ujęciem przemawiać ma przede wszystkim umiejscowienie art. 445 i 448 k.c. w ramach tytułu VI, dotyczą-

¹⁰⁶ H. i L. Mazeaud, A. Tunc: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6ème éd., Paris 1965–83, vol. I, s. 301 i n.

¹⁰⁷ M.J. Bonnel: *An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Contract*, 2 nd Enlarged Edition, New York 1997, s. 312.

¹⁰⁸ Ch. von Bar: *Grundregeln des Europäischen...*, *op. cit.*, s. 529.

¹⁰⁹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 74; A. Mączyński: *Zadośćuczynienie pieniężne za krzywdę spowodowaną naruszeniem dobra osobistego. Geneza, charakterystyka i ocena obowiązującej regulacji* (w:) M. Pyziak–Szafnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, *op. cit.*, s. 231, 233.

¹¹⁰ W doktrynie wskazywano, że krzywda może zostać naprawiona tylko i wyłącznie wtedy, gdy wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło do uszkodzenia ciała, wywołania rozstroju zdrowia, pozbawienia życia, pozbawienia wolności lub obrazy czci. Zob. R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, Lwów 1939, s. 360.

¹¹¹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 74; Z. Radwański: *Zobowiązania. Część ogólna*, Warszawa 2001, s. 266.

cego czynów niedozwolonych, z czego wyprowadza się wniosek, iż możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę możliwa jest tylko i wyłącznie w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej¹¹².

Polski kodeks cywilny, podobnie jak czynił to kodeks zobowiązań, posługuje się ogólnym pojęciem „szkoda”¹¹³, wyznaczając jedynie precyzyjny zakres obowiązku odszkodowawczego¹¹⁴. Ze względu na brak legalnej definicji tego pojęcia, przy podejmowaniu próby jego wyjaśnienia, bardzo często jako punkt wyjścia do dalszej dyskusji przedstawiciele doktryny odwołują się do potocznego rozumienia pojęcia szkody. Takie podejście nie jest jednak wystarczające, co wyraźnie potwierdza wyrażana w orzecznictwie i judykaturze potrzeba uściślenia tego terminu. Zasadniczo pojęcie szkody rozumiane jest jako uszczerbek określonej osoby w jej prawnie chronionych¹¹⁵ dobrach lub interesach, i na co zwracają uwagę niektórzy autorzy, jeżeli z mocy prawa wynika obowiązek ich naprawienia¹¹⁶. Z takiego rozumienia pojęcia szkody wynika, że możliwe jest występowanie również takich uszczerbków, w odniesieniu do których prawo nie nakłada obowiązku odszkodowawczego (tzw. szkody pozaprawne). Ze szkodą w rozumieniu prawnym mamy do czynienia, gdy poszkodowany został dotknięty uszczerbkiem wbrew swojej woli¹¹⁷. Takiemu podejściu zarzuca się, że nie uwzględnia ono sytuacji, gdy uszczerbek, który nie powstał wbrew woli poszkodowanego, rodzi obowiązek odszkodowawczy¹¹⁸. Chodzi tu między innymi o sytuacje, w których poniesione zostały wydatki w celu zmniejszenia szkody czy też działania w cudzym interesie (art. 438 k.c.), a także koszty i wydatki składające się na pojęcie szkody w granicach ujemnego interesu umownego (art. 387 k.c.), albo zgodę uprawnionego, która nie zawsze będzie wyłączać bezprawność działania sprawcy. Kwestią zakresu pojęcia szkody zajmował się również stosunkowo niedawno Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 4 grudnia 2001 r.¹¹⁹ stwierdził, że każdy uszczerbek w dobrach prawnie chronionych

¹¹² A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 74; M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie za „zmarowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 75.

¹¹³ R. Longchamps de Berier: *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, wyd. II, Lwów 1939; wyd. anastatyczne, Poznań 1999, s. 229: „Szkodą jest każdy uszczerbek, majątkowy lub niemajątkowy, dotyczący osobę bez prawnego usprawiedliwienia. Jest to potoczne znaczenie wyrazu szkoda, którym posługuje się też k.z., uważając definicję szkody w kodeksie za zbędną”.

¹¹⁴ Por. art. 157 k.z.

¹¹⁵ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2005, s. 89; W. Czachórski: *Zobowiązania — zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 72.

¹¹⁶ T. Dybowski: *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Ossolineum 1981, s. 214.

¹¹⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 89; T. Wiśniewski: (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2002, s. 69 oraz M. Sośniak: *Znaczenie zgody uprawnionego w zakresie cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej*, *Prace Prawnicze UJ* 1959, z. 6, s. 127–172; A. Szpunar: *Zgoda uprawnionego w zakresie ochrony dóbr osobistych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1990, nr 1.

¹¹⁸ T. Dybowski: *System...*, op. cit., s. 216.

¹¹⁹ SK 18/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256.

(tj. zarówno uszczerbek o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym) jest podlegającym kompensacji elementem szkody¹²⁰.

W judykaturze i doktrynie przeprowadza się rozróżnienie pomiędzy szkodą na mieniu i szkodą na osobie. W tym znaczeniu pojęcie szkody na mieniu odnosi się do uszczerbku, który dotyczy bezpośrednio składników majątku poszkodowanego. Natomiast szkoda na osobie odnosi się bezpośrednio do osoby pokrzywdzonego, jest ona bowiem konsekwencją naruszenia jego dóbr osobistych.

Oczywiście prawdą jest, że zobowiązanie najczęściej służy zaspokojeniu majątkowych interesów wierzyciela, jednakże w ramach instytucji prawa obligacyjnego istnieje również możliwość realizacji wartości niemajątkowych¹²¹. Należałoby się zastanowić w tym miejscu, czy właśnie art. 361 § 2 k.c., pozwalający uwzględnić stronom ich indywidualne potrzeby, nie zapewnia dogodnego rozwiązania omawianej kwestii. Zgodnie z zasadą pełnego odszkodowania¹²² wyrażoną w mającym podstawowe znaczenie dla prawnej konstrukcji szkody art. 361 § 2 k.c. w każdym przypadku zaistnienia odpowiedzialności odszkodowawczej należy uwzględnić szkodę obejmującą stratę (*damnum emergens*) oraz korzyści utracone w wyniku zaistnienia szkody (*lucrum cessans*), jednakże tylko „w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy”. Przepis ten bezspornie przyznaje stronom pierwszeństwo i szerokie kompetencje do umownego kreowania pojęcia szkody. Ustawodawca, nie definiując pojęcia szkody, pozwala tym samym przyjąć, że mieszczą się w nim różne rodzaje uszczerbków, które mogą być następnie kategoryzowane w ramach odpowiedzialności kontraktowej jako strata lub utracone korzyści. Należy zastanowić się jednak, czy nie ma ustawowych przeszkód do umownego zdefiniowania zakresu pojęcia szkody, która, podlegając naprawieniu zgodnie z ogólną regułą odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 471 k.c., mogłaby obejmować również przyznanie zadośćuczynienia za szkodę niemajątkową. Kodeks cywilny przyznaje stronom umowy znaczny stopień swobody w kształtowaniu przesłanek odpowiedzialności kontraktowej¹²³, zezwalając, aby w miejsce rozwiązań ustawowych stosowane były rozwiązania, które w ramach swobody kształtowania umów strony uznały za najlepsze. Wydaje się, że umowne rozszerzenie zakresu pojęcia szkody dokonane w taki sposób, iż obejmowałoby ono również

¹²⁰ Zaskakujący jest jednak fakt, iż Sąd Najwyższy w omawianym orzeczeniu powołał się na art. 361 § 2 k.c., który *expressis verbis* wymienia jako składniki szkody majątkowej stratę i utracone korzyści (*damnum emergens* i *lucrum cessans*), które podlegają kompensacji w formie odszkodowania. Pojęcie szkody stało się również niedawno przedmiotem zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego. Por. wyrok TK z dnia 23 września 2003 r., K 20/02, OTK ZU A 2003, nr 7, poz. 76.

¹²¹ Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 13.

¹²² Zob. L. Stecki: *Zasada pełnej kompensacji szkody. Zagadnienia wybrane* (w:) *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 229 oraz B. Lewaszkiewicz-Petrykowska: *Zasada pełnego odszkodowania (mity i rzeczywistość)* (w:) *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, pod red. M. Pazdana, W. Popiołka, M. Szpunara, Zakamycze 2005, s. 1069 i n.

¹²³ K. Zagrobelny: *O okolicznościach kształtujących odszkodowawczą odpowiedzialność dłużnika* (w:) *Acta Universitatis Wratislaviensis*, No 2897, Prawo CCC, Wrocław 2006, s. 273 i n.

szkodę niemajątkową, pozostaje w zgodzie z ogólnymi zasadami odpowiedzialności kontraktowej.

W polskiej doktrynie i judykaturze pojęcie szkody bardzo często utożsamiane jest wyłącznie z majątkowym uszczerbkiem w dobrach i interesach poszkodowanego. Natomiast uszczerbek niemajątkowy określany jest mianem krzywdy, czy też (wężej) krzywdy moralnej, i odnosi się przede wszystkim do przypadków uregulowanych w art. 445 i 448 k.c. Właśnie dla określonych w tych przepisach okoliczności swoista jest instytucja pieniężnego zadośćuczynienia¹²⁴. Należy jednak wziąć pod uwagę sposób sformułowania przepisów stanowiących o krzywdzie jako przesłance dochodzenia zadośćuczynienia pieniężnego. Mianowicie, chodzi o to, że przepisy te przyznają takie uprawnienie *poszkodowanemu*, a nie *pokrzywdzonemu*. Z tego też względu decydujące znaczenie należy przypisać wykładni systemowej. Nie ulega jednak wątpliwości, że nie każdy rodzaj szkody niemajątkowej jest krzywdą¹²⁵, co zostało jednocześnie wyraźnie potwierdzone przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Leitner. W świetle cytowanego orzeczenia szkoda niematerialna nie powinna być rozumiana jedynie jako krzywda, na którą składa się zarówno krzywda moralna, jak i cierpienie fizyczne, ale również jako obejmująca właśnie wynikającą z nienależytego wykonania umowy utratę przyjemności z wakacji. Z tego samego względu przyjęcie możliwości przyznania „odszkodowania” nie powinno być ograniczone jedynie do szkody majątkowej. Poprawne wydaje się zatem stanowisko, zgodnie z którym ogólne pojęcie szkody obejmuje swoim zakresem zarówno uszczerbki o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym¹²⁶.

Z wyroku Leitner wynika, że omawiane problemy nie są jedynie natury terminologicznej, a dotyczą znacznie ważniejszej kwestii, jaką jest nadrzędność ogólnego pojęcia szkody. Europejski Trybunał Sprawiedliwości poprzez zinterpretowanie zawartego w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG ogólnego pojęcia szkody jako obejmującego swoim zakresem zarówno szkodę materialną, jak i niematerialną przyznał właśnie takiej ogólnej definicji pojęcia szkody wartość nadrzędną. Ogólne pojęcie szkody jest pojęciem normatywnym, natomiast sam termin „szkoda niemajątkowa” ma jak na razie charakter wyłącznie doktrynalny, ponieważ nie każdy jej rodzaj ma charakter prawnie relewantny¹²⁷. Wydaje się jednak, że wprowadzanie dodatkowych podkategorii szkody nie jest zabiegiem zasługującym na aprobatę. Ponadto, ze względu na tendencję do rozszerzania obowiązku odszkodo-

¹²⁴ W literaturze wyrażono również pogląd (J. Rezler), zgodnie z którym nadmierne akcentowanie różnicy znaczeniowej (odszkodowanie *versus* zadośćuczynienie) byłoby sprzeczne ze wspólnym normowaniem wielu istotnych problemów naprawienia szkody bez względu na charakter uszczerbku. Jednakże, jak podkreśla W. Czachórski: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 73: „Argument ten wszakże nie jest rozstrzygający”.

¹²⁵ Według *Słownika języka polskiego* (PWN): „Krzywda: szkoda moralna, wyrządzona niezasłużenie; nieszczeście, niesprawiedliwość, obraza”.

¹²⁶ T. Dybowski: *System...*, op. cit., s. 223–224; Z. Radwański, A. Olejniczak: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 90; W. Czachórski: *Zobowiązania...*, op. cit., s. 75.

¹²⁷ Por. U. Walczak: *Uwagi...*, op. cit., s. 116.

wawczego, posługiwanie się właśnie ogólnym pojęciem szkody należy uznać za zasadne¹²⁸.

Polskie prawo nie przewiduje obecnie możliwości przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji (zmarnowany urlop). W przypadku odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.) dłużnik odpowiada jedynie za szkodę majątkową, nie ponosi natomiast odpowiedzialności za szkodę niemajątkową. Reżim odpowiedzialności kontraktowej nie przewiduje roszczenia o zadośćuczynienie. Zarówno orzecznictwo, jak i poglądy doktryny jednoznacznie odrzucają możliwość przyznania takiego odszkodowania w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Stanowisko to należy uznać za dominujące w doktrynie i orzecznictwie. Jednakże w literaturze polskiej nie brakuje również głosów krytykujących takie rozwiązanie, zwłaszcza *de lege ferenda*¹²⁹.

Roszczenie odszkodowawcze powstanie oczywiście w sytuacji, gdy biuro podróży ponosi odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż. Roszczenie to ma więc charakter kontraktowy, a odpowiedzialność organizatora podróży jest niezależna od jego winy oraz winy jego kontrahentów i oparta jest na zasadzie ryzyka¹³⁰. Biuro podróży nie ponosi zatem odpowiedzialności, jeżeli udowodni, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o podróż jest spowodowane wyłącznie: działaniem lub zaniechaniem klienta, działaniem lub zaniechaniem osób trzecich, nieuczestniczących w wykonaniu usług przewidzianych w umowie, jeżeli tych działań lub zaniechań nie można było przewidzieć ani uniknąć, albo siłą wyższą (art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych¹³¹).

Istotnym problemem podkreślanym w literaturze prawnej¹³² jest ocena, do jakiej kategorii należy zaliczyć odszkodowanie za utratę przyjemności z wakacji — czy jest to odszkodowanie za szkodę majątkową, czy niemajątkową?

Większość przedstawicieli doktryny uważa, że roszczenie o odszkodowanie za szkodę w postaci utraty przyjemności z wakacji, zmarnowanego urlopu, utraconego wypoczynku ma charakter niemajątkowy. Dla poparcia takiego stanowiska przytacza się argument braku zmiany w majątku poszkodowanego, gdyż w przypadku utraty przyjemności z wakacji trudno jest ustalić szkodę rozumianą jako uszczerbek w majątku.

¹²⁸ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

¹²⁹ Por. T. Pajor: *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 136.

¹³⁰ Dyrektywa 90/314/EWG zapewnia minimalny poziom ochrony konsumenta (art. 8), stąd przyjęcie przez ustawodawcę polskiego (podobne rozwiązania przyjęte zostały w większości państw członkowskich UE: por. EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis, pod red. H. Schulte-Nölke, wersja z 12 grudnia 2006 r.) surowszej odpowiedzialności, tj. odpowiedzialności obiektywnej, pozostaje w zgodzie z postanowieniami samej dyrektywy, a co więcej, stanowi wyraz ogólnoeuropejskiej tendencji do mocniejszej ochrony konsumenta.

¹³¹ W Polsce implementacji postanowień dyrektywy 90/314/EWG dokonano przez przyjęcie w dniu 29 sierpnia 1997 r. ustawy o usługach turystycznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268).

¹³² M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 561.

Jeżeli jednak przyjmiemy, że odszkodowanie za utratę przyjemności z wakacji lub wypoczynku powinno mieć charakter niemajątkowy, to pojawia się pytanie, czy poszkodowany może dochodzić zadośćuczynienia pieniężnego. Według ogólnie akceptowanego poglądu przyznanie w takim wypadku zadośćuczynienia pieniężnego jest niemożliwe, ponieważ zadośćuczynienie za doznaną krzywdę przysługuje tylko w ramach odpowiedzialności deliktowej w wypadkach wyraźnie przez ustawę określonych¹³³ i ma charakter fakultatywny¹³⁴. Oznacza to, że przyznanie zadośćuczynienia pieniężnego możliwe jest tylko wyjątkowo — regułą jest bowiem, że naprawieniu podlega jedynie szkoda majątkowa. W myśl art. 445 k.c. sąd może przyznać poszkodowanemu zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę jedynie w trzech sytuacjach: w przypadku uszkodzenia ciała lub wywołania rozstroju zdrowia (art. 445 § 1 w zw. z art. 444 k.c.), pozbawienia wolności (art. 445 § 2 k.c.) oraz skłonienia do poddania się czynowi nierządному (art. 445 § 2 k.c.). Ponadto art. 448 k.c. przewiduje możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego w razie naruszenia dobra osobistego. Taka możliwość istnieje również (na zasadzie wyjątku) na mocy przepisów zawartych w ustawach szczególnych. Jako przykład może służyć art. 19a ust. 1 ustawy o zakładach opieki zdrowotnej¹³⁵, który przewiduje możliwość przyznania zadośćuczynienia pieniężnego na podstawie art. 448 k.c. w razie zawinionego naruszenia określonych praw pacjenta¹³⁶. Możliwość przyznania zadośćuczynienia tylko w wypadkach przewidzianych w ustawie jest jednak obecnie słusznie poddawana krytyce¹³⁷, ponieważ rozwiązanie takie w znaczący sposób zawęża możliwość ochrony interesów niemajątkowych wierzyciela w ramach odpowiedzialności kontraktowej.

Interesujące jest jednak odmienne stanowisko, zyskujące coraz większą akceptację¹³⁸, według którego szkoda, polegająca na utracie przyjemności z wakacji, powinna być kwalifikowana jako szkoda materialna. Pewna forma wypoczynku

¹³³ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 74. Jednakże nie można zgodzić się z wyrażonym dalej (s. 76) stwierdzeniem autora: „Trudno więc zrozumieć, dlaczego należy jeszcze przyznać wierzycielowi uprawnienie do domagania się zadośćuczynienia z powodu ujemnych przeżyć doznanych wskutek niewykonania lub nienależytego zobowiązania. Szkoda majątkowa pochłania w tym wypadku inne elementy doznanego uszczerbku”.

¹³⁴ Art. 445 i 448 k.c. posługują się sformułowaniem: „sąd może przyznać (...) odpowiednią sumę tytułem zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę”. Oznacza to, że nawet w razie istnienia krzywdy, przyznanie zadośćuczynienia nie jest obligatoryjne i zależy od uznania i oceny konkretnych okoliczności sprawy przez sąd (tak SN w wyroku z dnia 27 sierpnia 1969 r., I PR 224/69, OSNCP 1970, poz. 110).

¹³⁵ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (Dz.U. Nr 91, poz. 408).

¹³⁶ Zob. również: M. Nesterowicz, glosa częściowo aprobująca do wyroku Sądu Najwyższego — Izba Cywilna z dnia 17 grudnia 2004 r., II CK 300/04, OSP 2006, z. 2, poz. 20 oraz „MoP Aktualności: Zadośćuczynienie za nienależyte wykonanie umowy”, *Monitor Prawniczy* 2005, nr 2, s. 67–68.

¹³⁷ Por. np. M. Safjan: *Naprawienie krzywdy niemajątkowej w ramach odpowiedzialności ex contractu* (w:) M. Pyziak—Szafrnicka (red.): *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, op. cit., s. 255 i n.

¹³⁸ M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 651; T. Dybowski: *System prawa prywatnego. Zobowiązania. Część ogólna*, Wrocław—Warszawa—Kraków—Gdańsk 1980, s. 237–238.

lub przyjemności w postaci wycieczki lub pobytu na wczasach przybiera bowiem postać świadczenia, którego wartość majątkowa wyrażona jest w cenie zakupu i powinna zostać wynagrodzona w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy¹³⁹.

Jednakże orzecznictwo uznaje za szkodę majątkową jedynie uszkodzenie ciała lub wywołanie rozstroju zdrowia i „(...) konsekwentnie odmawia możliwości uzyskania zadośćuczynienia przy odpowiedzialności za niewykonanie (niewłaściwe wykonanie) umowy”¹⁴⁰, w tym umowy o zorganizowaną usługę turystyczną.

Jednym z najistotniejszych w omawianym zakresie było orzeczenie Sądu Powiatowego dla m.st. Warszawy w sprawie turysty, który wybrał się na zorganizowaną przez Orbis wycieczkę do Soczi¹⁴¹. Podczas pobytu należące do turysty rzeczy zostały skradzione z hotelu. Pomimo zatrzymania złodziei nie udało się odzyskać skradzionego mienia. Sąd w Soczi przyznał turyście odszkodowanie za utracone mienie. Jego urlop był jednak zmarnowany, gdyż część pobytu poświęcił on na wyjaśnienie sprawy kradzieży. Po powrocie do Polski turysta pozwał organizatora wycieczki — Orbis — o odszkodowanie za utracony urlop, twierdząc, że przyznane mu przez sąd w Soczi odszkodowanie nie pokrywa szkody w postaci utraconego urlopu. „Sąd Powiatowy dla m.st. Warszawy w orzeczeniu z 11 listopada 1967 r. (X C 2687/67) kategorycznie stwierdził, że »Żądanie odszkodowania za utracony wypoczynek nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawnych«”¹⁴².

Podobne orzeczenie zapadło w sprawie rodziny S., która wybrała się do Bułgarii na zorganizowane przez Orbis wakacje. Uczestnicy wycieczki ulegli zatruciu pokarmowemu po spożyciu posiłków w wybranej przez organizatora restauracji. Dwie osoby wymagały hospitalizacji, a dwie pozostawały pod opieką lekarską. Oprócz odszkodowania, na które składały się: koszty wycieczki, wydatki na jedzenie oraz rekompensata za uszczerbek na zdrowiu, pozwani domagali się również odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 25 lutego 1986 r.¹⁴³ uznał odpowiedzialność Orbisu za działania kontrahenta z art. 474 k.c., stwierdził jednak, że odszkodowanie za utraconą przyjemność z wakacji nie może zostać przyznane na podstawie umowy o usługę turystyczną.

¹³⁹ Pogląd wyrażony przez T. Dybowskiego (w:) *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–243. Przeciwnie: A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, op. cit., s. 70.

¹⁴⁰ E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 1999, s. 413.

¹⁴¹ Dokładne omówienie sprawy przedstawione zostało przez A. Wiewiórowską-Domagalską (w:) M. Loos, J. Dickie, G. Amokouros, A. Wiewiórowska-Domagalska, ECJ, 12 March 2002, Case C-168/00 *Leitner v. TUI Deutschland GmbH & Co. KG*, Compensation for Non-Material Damage under the Directive on Package Travel, *European Review of Private Law* 2003, nr 1, s. 100–101.

¹⁴² M. Nesterowicz: *Prawo turystyczne*, Zakamycze 2003, s. 100 oraz tenże: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarnowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, PiP 2002, z. 10, s. 75.

¹⁴³ Uchwała SN z dnia 25 lutego 1986 r., III CZP 2/86, OSPiKA 1986, z. 6, z glosą M. Nesterowicza, *Nowe Prawo* 1988, nr 9.

Ponadto pojawiają się propozycje uznania art. 322 k.p.c. jako podstawy prawnej dla przyznania takiego odszkodowania¹⁴⁴. Zgodnie z treścią tego przepisu, jeżeli w sprawie o naprawienie szkody ściśle udowodnienie wysokości żądania jest niemożliwe lub nadmiernie utrudnione, sąd, po rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy, może zasądzić odpowiednią sumę według własnego uznania.

Również art. 56 k.c. bywa przywoływany jako możliwa podstawa roszczenia o zadośćuczynienie za krzywdę powstałą w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania umownego¹⁴⁵.

Wydaje się również, że art. 11a ustawy o usługach turystycznych nie może stanowić samodzielnej podstawy odpowiedzialności odszkodowawczej w omawianym zakresie¹⁴⁶, ponieważ przewidziana w nim odpowiedzialność biura podróży za szkody wyrządzone klientom może mieć zarówno charakter kontraktowy, jak i deliktowy. Odpowiedzialność deliktowa zachodzić będzie wtedy, gdy pomimo łączącej strony umowy istnieje prymat odpowiedzialności deliktowej (np. gdy szkoda nastąpiła wskutek oderwania się balkonu w hotelu — art. 434 k.c., czy też gdy w trakcie przewozu autokarem wyrządzono szkodę na osobie lub mieniu — art. 436 § 1 k.c.)¹⁴⁷. Przesłanką odpowiedzialności będzie zatem czyn niedozwolony, którego dopuściło się biuro podróży. Natomiast odpowiedzialność biura podróży za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy ma charakter kontraktowy (oparta jest na art. 471 k.c.), gdyż wynika z łączącej strony umowy¹⁴⁸, a umowa jest kształtowana przez *lex contractus*. Najczęściej dochodzi jednak do zbiegu obu rodzajów odpowiedzialności (art. 443 k.c.). W związku z powyższym, stwierdzić należy, że podstawę roszczenia o zmarnowany urlop powinien stanowić art. 471 k.c.¹⁴⁹

Oparcie roszczenia odszkodowawczego za zmarnowany urlop na art. 471 k.c. prowadzi jednak do powstania sytuacji, w której (zgodnie z wykładnią pojęcia szkody dokonanej przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Leitner) zakres przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej jest szerszy w przypadku umów o usługę turystyczną, a węższy w pozostałych przypadkach stosunków obligacyjnych. W tym miejscu pojawia się również problem istnienia w ramach odpowiedzialności kontraktowej w polskim (i nie tylko) porządku prawnym tych samych pojęć prawnych, którym prawo przypisuje różne znaczenie. Jest to sytuacja faktyczna, z którą będą musiały sobie radzić polskie sądy. Dopóki nie pojawią się podobne do ustawy o usługach turystycznych autonomiczne regulacje,

¹⁴⁴ E. Łętowska: *Prawo umów...*, op. cit., s. 414 oraz M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego. Prawo zobowiązań — część szczegółowa*, Warszawa 2001, s. 651.

¹⁴⁵ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 36 i 37.

¹⁴⁶ Odmienne: U. Walczak: *Uwagi...*, op. cit., s. 119.

¹⁴⁷ Przykładowe sytuacje, w których dojść może do powstania odpowiedzialności deliktowej biura podróży, podają za: M. Nesterowicz: *Prawo turystyczne*, op. cit., s. 60.

¹⁴⁸ Stanowisko wyrażone przez SN w wyroku z dnia 6 lipca 1966 r. (I CR 136/64, OSPiKA 1967, z. 7–8, poz. 183).

¹⁴⁹ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 77; tenże: *Prawo turystyczne*, op. cit., s. 102.

pogłębiające tylko fragmentaryzację prawa krajowego, jest to sytuacja tymczasowo akceptowalna. Pamiętać należy jednak, że dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości szeroka wykładnia zawartego w art. 5 ust. 2 dyrektywy 90/314/EWG ogólnego pojęcia szkody znajduje zastosowanie wyłącznie na potrzeby omawianej dyrektywy¹⁵⁰ i niekoniecznie musi być generalizowana. Na to, czy przyjęte w sprawie Leitner rozwiązanie znajdzie odzwierciedlenie w dalszym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i zostanie zaakceptowane jako zasada kompensacji szkody niemajątkowej w procesie ujednolicania zasad kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej na poziomie ogólnoeuropejskim, musimy poczekać, chociaż ze względu na obecną tendencję do rozszerzania przedmiotowego zakresu ogólnego obowiązku odszkodowawczego nie można tego wykluczyć.

Ciekawe wydaje się również stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z dnia 17 grudnia 2004 r.¹⁵¹, zgodnie z którym ze względu na szczególne okoliczności sprawy nienależyte wykonanie zobowiązania *ex contractu* może być sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i z tego powodu stanowić czyn niedozwolony. Takie rozstrzygnięcie wydaje się szczególnie atrakcyjne, gdyż nie narusza zasady, zgodnie z którą zadośćuczynienie pieniężne może być przyznane jedynie w ramach reżimu odpowiedzialności deliktowej. Rozwiązanie to oparte jest na „elastycznej” treści klauzuli zasad współżycia społecznego, która pozwala na objęcie swym zakresem również wartościowań pozaprawnych, decydujących o tym, kiedy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania umownego stanowi delikt. Takie stanowisko wywołuje jednak pewne wątpliwości, ponieważ prowadzi do zatarcia się granic pomiędzy odpowiedzialnością kontraktową i deliktową¹⁵². Deliktem jest bowiem tylko naruszenie obowiązków powszechnych, ciężących w każdej sytuacji na każdej osobie, niezależnie od tego, czy jest ona związana umową czy też nie.

W omawianym orzeczeniu Sąd Najwyższy zajmował się kwestią tego, czy nienależyte wykonanie umowy polegające na dostarczeniu powódce wadliwego aparatu ortopedycznego (protezy nogi) może w okolicznościach danej sprawy stanowić także czyn niedozwolony. Powstaje zatem pytanie, czy obowiązek dostarczenia sprawnych protez jest obowiązkiem powszechnym, który ciąży na każdym? Można oczywiście twierdzić, że obowiązek dostarczenia sprawnych protez ciąży na każdym, kto takie protezy wytwarza z przeznaczeniem dla innych osób, jednakże

¹⁵⁰ Komunikat — Spójniejsze europejskie prawo umów; Plan działania (Dz.Urz. UE z 15 marca 2003 r., C 63, s. 1) (dalej: Plan działania); [Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — A more coherent European Contract Law; An Action Plan, COM (2003) 68 final, 12.02.2003 (OJ 2003/C 63/01)] — pkt 21.

¹⁵¹ II CK 300/04.

¹⁵² Zob. G. Gilmore: *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 2 nd ed., 1995, którego zdaniem zacieranie granic pomiędzy odpowiedzialnością kontraktową i deliktową nieuchronnie prowadzi do powstania jednolitego reżimu odpowiedzialności w ramach tzw. *contorts*. Jednocześnie K. Zweigert i H. Kötz (w:) *An Introduction To Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, są zdania, że do takiego „złania się” odpowiedzialności nie dojdzie.

takie ujęcie „powszechnego” obowiązku wydaje się wyraźnym wykroczeniem poza tradycyjne granice rozumienia tego pojęcia i jest bliższe odpowiedzialności za produkt niebezpieczny. Należy podkreślić, że omawiane orzeczenie Sądu Najwyższego nie zrywa jednak z podstawową zasadą, według której zadośćuczynienie za krzywdę dostępne jest jedynie w ramach odpowiedzialności deliktowej. Ponadto, nie odnosi się ono również w żaden sposób do kwestii ochrony cywilnoprawnej innych, poza dobrami osobistymi, wartości niemajątkowych.

Moim zdaniem, najlepszym rozwiązaniem, przeciwdziałającym tworzeniu autonomicznych regulacji znajdujących zastosowanie jedynie do pojedynczych stosunków obligacyjnych, byłoby unormowanie umowy o usługi turystyczne („umowy o podróż”) jako mającej donieść znaczenie społeczne w kodeksie cywilnym. Ustawa o usługach turystycznych reguluje bowiem zarówno kwestie administracyjnoprawne dotyczące usług turystycznych, jak również zawiera regulacje dotyczące reżimu prawnego, któremu poddana jest umowa o takie usługi. Takie rozwiązanie spotkało się ze zdecydowaną krytyką przedstawicieli doktryny¹⁵³. Dlatego też wydaje się, że postulat uregulowania umowy o podróż w kodeksie cywilnym można uznać za właściwy. Jako przykład mogłoby tu służyć rozwiązanie przyjęte przez niemieckiego ustawodawcę, który w § 651a–m BGB włączył umowę o podróż do niemieckiego kodeksu cywilnego, przewidując wyraźnie w § 651f ust. 2 BGB możliwość przyznania odszkodowania za utratę przyjemności z wakacji.

PODSUMOWANIE

Wyrok w sprawie Leitner, w którym Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że art. 5 dyrektywy 90/314/EWG należy interpretować w sposób przyznający konsumentom prawo do odszkodowania za szkodę niematerialną, będącą wynikiem niewykonania lub nienależytego wykonania usług, stanowiących zorganizowaną usługę turystyczną („package holiday”), jest wiążący dla sądu w Linz. Wyrok nie jest jednak jedynie rozstrzygnięciem konkretnej sprawy, zawiera bowiem wykładnię zawartego w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG pojęcia szkody i dlatego też wiąże wszystkie sądy w Unii Europejskiej, które rozstrzygają spory dotyczące szkód niemajątkowych doznanych przez turystów.

Polski sędzia, rozpatrujący powództwo o odszkodowanie za „utratę przyjemności” lub „wypoczynku” podczas wycieczki turystycznej, stanowiącej zorganizowaną usługę turystyczną, znajduje się zatem w analogicznej sytuacji co sędzia austriacki. Polskie prawo nie zawiera bowiem szczególnego przepisu przyznającego odszkodowanie pieniężne za szkodę niematerialną powstałą w wyniku niewykona-

¹⁵³ Por. E. Łętowska: *Prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2002, s. 499; M. Nesterowicz (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004, s. 803–804.

nia umowy. Zgodnie zatem z dokonaną przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości wykładnią pojęcia szkody zawartego w treści art. 5 dyrektywy 90/314/EWG, za każdym razem, gdy polski sąd uzna, że w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy wystąpiła szkoda w postaci zmarnowanego urlopu, musi przyznać na podstawie pozostającej w zgodzie z wykładnią Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości interpretacji treści art. 471 k.c. odszkodowanie za szkodę niemajątkową.

Podkreślić należy, że orzeczenie w sprawie Leitner doskonale wpisuje się w zapoczątkowaną przez Komisję Europejską wraz z publikacją w dniu 11 lipca 2001 r. Komunikatu o europejskim prawie umów¹⁵⁴ debatę o potrzebie ujednolicenia europejskiego prawa umów¹⁵⁵ i możliwości stworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego¹⁵⁶. W ramach dążenia do osiągnięcia większej spójności istniejącego i przyszłego *acquis communautaire* w zakresie europejskiego prawa umów prowadzone są obecnie prace nad stworzeniem tzw. Wspólnego Systemu Odniesień (*Common Frame of Reference*)¹⁵⁷, który miałby zawierać najlepsze rozwiązania w zakresie wspólnej, powszechnej terminologii i zasad europejskiego prawa umów¹⁵⁸. W zakresie prawa umów i regulacji dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej obowiązujące *acquis* jest bardzo zróżnicowane. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Simone Leitner stanowi doskonały przykład trudności interpretacyjnych związanych z prawem wtórnym. Jest ono tym ważniejsze, że do tej pory wspólnotowy ustawodawca unikał podjęcia dyskusji dotyczącej centralnych pojęć prawa umów. Z tego właśnie względu dokonana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie Leitner wykładnia definicji pojęcia szkody stanowi wielki postęp i wyznacza dalszy kierunek rozważań nad stworzeniem jednolitego pojęcia szkody, a w dalszej przyszłości również jednolitych ram odpowiedzialności odszkodowawczej w Europie.

¹⁵⁴ Komunikat o europejskim prawie umów (Dz.Urz. UE z 13 września 2001 r., C 255, s. 1); [Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, 11.07.2001 (OJ 2001/C 255/01)].

¹⁵⁵ Główne założenia i cele Komunikatu o europejskim prawie umów zostały omówione przez D. Staudenmayer (w:) *Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht*, EuZW 2001, s. 485–489. Por. D. Staudenmayer: *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, (2002) *European Review of Private Law* (dalej: ERPL), s. 249 i n.

¹⁵⁶ Por. przykładowo: B. Lurger: *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Wiedch 2002; O. Lando: *Why does Europe Need a Civil Code* (w:) S. Grundmann, J. Stuyck (red.): *An Academic Green Paper on European Contract Law*, den Haag 2002, s. 207 i n.; G. Alpa: *Harmonisation of Contract Law and the Plan for a European Civil Code*, (2004) *European Business Law Review*, s. 33 i n.; J. Pisuliński: *Kilka pytań o Europejski Kodeks Cywilny*, TPP 2006, nr 2, s. 99–107.

¹⁵⁷ Zob.: D. Staudenmayer: *The Way Forward in European Contract Law*, 2 ERPL (2005), s. 95 i n.; R. Schulze: *Gemeinsames Referenzrahmen und acquis communautaire*, 1 ZEuP (2007), s. 130 i n. Krytyczne uwagi dotyczące powstania CFR znaleźć można w: P.M. Wiesner: *Ist das Europäische Zivilgesetzbuch noch zu stoppen?*, *Der Betriebsberater* 2005, z. 16, s. 871–875; Ch. von Bar, H. Schulte-Nölke: *Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, s. 165–168; S. Grundmann: *The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire — Starting Point and Trends*, *European Law Journal* 2004, s. 698 i n.

¹⁵⁸ Plan działania — pkt 62.

ANNA KUROWSKA*

ANALIZA INSTRUMENTÓW PRAWNYCH UMOŻLIWIAJĄCYCH WPROWADZENIE JEDNOLITYCH ZASAD W ZAKRESIE PRAWA UMÓW

W literaturze wskazuje się różne instrumenty prawne umożliwiające wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów. Przeważa pogląd, iż jednolite zasady powinny przybrać postać instrumentu opcjonalnego, jak zaproponowała to Komisja Europejska w Planie Działania z 2003 r.¹ Jeśli chodzi o formę aktu prawnego, mowa jest o umowie międzynarodowej oraz o instrumentach prawnych wtórnego prawa wspólnotowego — opinia, dyrektywa, rozporządzenie — proponowanych również przez Komisję Europejską w Komunikacie z 11 lipca 2001 r. skierowanym do Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczącym europejskiego prawa umów (dalej: Komunikat z 2001 r.)².

Przed przystąpieniem do analizy poszczególnych aktów prawnych (II) warto się zastanowić, jaki charakter powinien mieć proponowany instrument opcjonalny (I), ponieważ — jak zostanie wykazane w późniejszych rozważaniach³ — wybór konkretnego aktu prawnego zależny jest między innymi od charakteru instrumentu opcjonalnego. Na końcu zbadane zostanie, czy na podstawie obowiązujących przepisów Wspólnota ma kompetencję do wprowadzenia wybranego środka (III).

Artykuł zrecenzowany przez dr. hab. Jerzego Pisulińskiego, prof. UJ (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* Autorka jest doktorantką Europejskiego Kolegium Doktoranckiego Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz stypendystką Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht w Hamburgu.

¹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A More Coherent European Contract Law — An Action Plan, Brussels 12.02.2003, COM (2003) 68 final (dalej: Plan Działania).

² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, Brussels 11.07.2001, COM (2001) 398 final.

³ Zob. pkt II 2, 4.

Podkreślić trzeba, że niniejszy artykuł nie ma na celu przedstawienia ultymatywnego rozwiązania, co ze względu na poziom skomplikowania badanej materii nie byłoby możliwe, lecz służyć ma jako kolejny głos w dyskusji.

I. FORMA INSTRUMENTU OPCJONALNEGO

Instrument opcjonalny może przybrać dwie formy: instrumentu *opt-in* (1) lub *opt-out* (2). Niżej przedstawione zostaną obie alternatywy wraz z analizą ich przydatności do wprowadzenia jednolitych zasad prawa umów.

1. INSTRUMENT *OPT-IN*

Instrument *opt-in* znajduje tylko zastosowanie, gdy strony zdecydowały poddać stosunek prawny regulacji opcjonalnego instrumentu⁴.

W doktrynie⁵ zauważa się, że metoda *opt-in* z oczywistych względów nie ma dużego powodzenia w praktyce. Strony niechętnie wybierają prawo, które jest mało wypróbowane w praktyce. Wolą poddać swój stosunek prawny obowiązującym przepisom własnego kraju lub czasami neutralnego kraju trzeciego. Mają jednak pewność, że jest to prawo wypróbowane w praktyce i że wyniki sporów są przewidywalne. Wprowadzenie jednolitych zasad w formie instrumentu *opt-in* mogłoby mieć jednak szanse na powodzenie w przypadkach transgranicznego konsumenckiego prawa umów. Ze względu na minimalny charakter dyrektyw konsumenckich istnieją czasami duże różnice w prawie konsumenckim różnych państw członkowskich, co prowadzi do dużej niepewności prawnej wśród konsumentów. Dlatego wydaje się, że strony mogłyby być skłonne do wyboru jednolitych zasad.

Za przyjęciem metody *opt-in* do jednolitych zasad prawa umów opowiada się oprócz Parlamentu Europejskiego⁶ wśród uczestników konsultacji większość rządów, przedsiębiorstw, przedstawicieli doktryny oraz praktyki⁷. Przemawia za tym przede wszystkim zachowanie podstawowej zasady wolności umów. Ten punkt

⁴ U.G. Schroeter: *UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht. Verhältnis und Wechselwirkung*, München 2005, § 18, nb 8.

⁵ J. Basedow: *Ein optionales Europäisches Vertragsgesetz — opt-in, opt-out, wozu überhaupt?*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (dalej: ZEuP) 2004, nr 1, s. 2.

⁶ Motion for a European Parliament Resolution on the communication from the Commission to the European Parliament and the Council — A more coherent European contract law — An action plan (COM(2003) 68 — 2003/2093(INI), pkt 14. Parlament Europejski przewiduje instrument *opt-in* jako rozwiązanie tymczasowe, które później mogłoby przekształcić się w instrument *opt-out*; zob. pkt 15.

⁷ Zob. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council — European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, Brussels 11.10.2004, COM (2004) 651 final (dalej: Komunikat z 2004 r.), aneks II pkt 2.

wyduje się głównym argumentem zwolenników rozwiązania *opt-in*⁸. Komisja Europejska już w Planie Działania podkreśliła, że swoboda umów powinna być jedną z głównych zasad opcjonalnego instrumentu prawa umów. Dlatego strony, które wybrały ten instrument jako prawo mające zastosowanie do umowy, powinny mieć możliwość dopasowania jego specyficznych regulacji do własnych potrzeb⁹. Ograniczenia swobody umów powinny być brane pod uwagę tylko w razie istnienia ważnych powodów¹⁰. W Komunikacie z 2004 r. Komisja uściśliła, iż ograniczenia byłyby do zaakceptowania w przypadku niektórych bezwzględnie obowiązujących przepisów instrumentu opcjonalnego, a w szczególności w przypadku przepisów chroniących konsumentów¹¹.

Kolejnym argumentem przemawiającym za rozwiązaniem *opt-in* jest to, że nie pojawia się tu problem konkurencji między jednolitymi zasadami a konwencją wiedeńską¹², jak to ma miejsce w przypadku przyjęcia metody *opt-out*¹³. Gdy strony umowy, do której zastosowanie znajduje konwencja wiedeńska, uzgodnią stosowanie jednolitych zasad, można przyjąć, iż przez to równocześnie konkludentnie uzgodniły, że postanowienia konwencji wiedeńskiej nie mają mieć zastosowania (art. 6 CISG)¹⁴.

2. INSTRUMENT *OPT-OUT*

Metoda *opt-out* oznacza, iż akt prawny automatycznie znajduje zastosowanie, chyba że został wyłączony przez strony umowy¹⁵. Wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów w formie instrumentu *opt-out* równoznaczne byłoby zatem z wprowadzeniem dyspozytywnego jednolitego prawa umów na terenie Wspólnoty Europejskiej¹⁶. Zauważyć należy, że większość opowiada się za wprowadzeniem

⁸ Zob. aneks II pkt 2 Komunikatu z 2004 r.

⁹ Pkt 93 Planu Działania. Zob. też aneks II pkt 2 Komunikatu z 2004 r.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Aneks II pkt 2 Komunikatu z 2004 r.

¹² Konwencja Narodów Zjednoczonych o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów, sporządzona w Wiedniu 11 kwietnia 1980 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 45, poz. 286.

¹³ Zob. pkt 2.

¹⁴ D. Staudenmayer: *Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?*, ZEuP 2003, nr 4, s. 836. Zgodnie z orzecznictwem oraz poglądem dominującym w doktrynie art. 6 konwencji wiedeńskiej obejmuje również przypadki dorozumianego wyłączenia stosowania przepisów konwencji. Zob. F. Ferrari (w:) P. Schlechtriem (red.): *Kommentar zum einheitlichen UN-Kaufrecht*, 4. wyd., München 2004, art. 6, nb 18 i cytowana tam literatura.

¹⁵ Por. art. 6 konwencji wiedeńskiej; J. Basedow: *Ein optionales...*, *op. cit.*, s. 2; D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 835; U.G. Schroeter: *UN-Kaufrecht...*, *op. cit.*, § 18 nb 9.

¹⁶ J. Basedow: *Ein optionales...*, *op. cit.*, s. 2, 3; U.G. Schroeter: *UN-Kaufrecht...*, *op. cit.*, § 18 nb 9. J. Basedow, który wychodzi z założenia stosowania jednolitych zasad umów również do wewnątrzn krajowych umów, słusznie zauważa, że w przypadku kolizji omawianego tu wspólnotowego prawa umów (jednolitych zasad) z wewnątrzn krajowym prawem umów ze względu na pierwszeństwo prawa wspólnotowego przed prawem narodowym to pierwsze wypartoby to drugie.

jednolitych zasad jedynie w zakresie umów transgranicznych¹⁷. Nie wyklucza się stosowania ich również do umów wewnątrznokrajowych, lecz odsuwa się tę możliwość na dalszy plan.

W razie przyjęcia metody *opt-out* w przypadkach, w których spełnione są przesłanki stosowania konwencji wiedeńskiej (art. 1–6¹⁸), powstaje zatem problem konkurencji między tymi dwoma aktami prawnymi¹⁹. Artykuł 90 konwencji wiedeńskiej przyznaje pierwszeństwo porozumieniom międzynarodowym przed postanowieniami konwencji. Sporne jest, czy odnosi się on również do wtórnego prawa wspólnotowego. Przeważa pogląd, że art. 90 nie ma tu zastosowania, nawet w drodze analogii²⁰. Tym samym konwencja wiedeńska ma pierwszeństwo przed wtórnym prawem wspólnotowym. Nie powinno to jednak stanowić przeszkody, szczególnie zważając na doniosłość konwencji wiedeńskiej, która służy jako przykład przy tworzeniu prawa, na przykład dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej²¹. W celu ujednolicenia stanu prawnego na rynku wewnętrznym proponuje się, aby konwencja wiedeńska została ratyfikowana przez wszystkie państwa członkowskie Wspólnoty Europejskiej²².

Za rozwiązaniem *opt-out* przemawia kilka argumentów. Po pierwsze taki akt prawny w zakresie swego stosowania pomógłby zlikwidować problemy powstałe przez implementację dyrektyw regulujących pojedyncze kwestie. Po drugie należy się spodziewać, że jedynie instrument *opt-out* (w przeciwieństwie do modelu *opt-in*) wprowadzony zostałby do programu nauczania na wydziałach prawa. Po trzecie wydaje się, że jedynie taki instrument służyłby prawnikom oraz uczestnikom rynku jako wspólny system odniesień²³.

3. PODSUMOWANIE

Obecnie większość zwolenników ma metoda *opt-in*. Przytaczany argument swobody umów jest argumentem bardzo silnym. Jako kontrargument można jednak wskazać, że w razie przyjęcia modelu *opt-out* stronom ciągle pozostaje możliwość wyłączenia jednolitych zasad, innymi słowy skorzystanie z klauzuli *opt-out*. Nie są

¹⁷ U.G. Schroeter: *UN-Kaufrecht...*, *op. cit.*, § 18 nb 9; pkt 91 i n. Planu Działania; aneks II pkt 4 Komunikatu z 2004 r. Odmienne J. Basedow: *Ein optionales...*, *op. cit.*, s. 3, który przy tym zwraca uwagę na problem wyparcia narodowego prawa umów przez wspólnotowe jednolite zasady prawa umów.

¹⁸ Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że nie wszystkie państwa członkowskie WE ratyfikowały konwencję wiedeńską. Zob. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

¹⁹ Pkt 96 Planu Działania; D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 835; U.G. Schroeter: *UN-Kaufrecht...*, *op. cit.*, § 18 nb 9.

²⁰ D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 835, 836 i podane tam źródła.

²¹ Dyrektywa 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji, Dz.Urz. L 171 z dnia 7 lipca 1999 r., s. 12–16.

²² D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 836.

²³ Zob. J. Basedow: *Ein optionales...*, *op. cit.*, s. 3.

więc one skazane na stosowanie jednolitych zasad do swojego stosunku prawnego. Mają one również swobodę — po wyłączeniu jednolitych zasad — skorzystania z niektórych regulacji przewidzianych przez ten instrument w ramach regulacji dyspozytywnych. Nie można ponadto zapomnieć o praktycznym aspekcie. Mało sensowne jest bowiem tworzenie regulacji, które nie będą stosowane w praktyce. Mija się to z celem. Wydaje się, że instrument *opt-in* nie będzie się cieszył większym powodzeniem. Można nawet zaryzykować tezę, że właśnie dlatego część uczestników rynku opowiedziała się za rozwiązaniem *opt-in*; pozwoliłoby im to bowiem na uniknięcie stosowania jednolitych zasad w praktyce. W pewnym sensie można zrozumieć ich obawy przed nieznanym i niewypróbowanym w praktyce systemem. Instrument *opt-out* pozwoliłby jednak na rozwiązanie części problemów powstałych przez sektorową regulację dyrektyw i dlatego na dłuższą metę zasługuje na poparcie. Rozwiązaniem kompromisowym mogłoby zatem być tymczasowe wprowadzenie jednolitych zasad praw umów jako instrument *opt-in*, które po pewnym czasie mogłoby być przekształcone w instrument *opt-out*. Takie rozwiązanie zmusiłoby uczestników rynku do stosowania jednolitych zasad już w fazie *opt-in*, co równocześnie pozwoliłoby na zebranie doświadczenia oraz udoskonalenie jednolitych zasad w praktyce przed — jak się wydaje — poważniejszą fazą *opt-out*.

II. ANALIZA POSZCZEGÓLNYCH AKTÓW PRAWNYCH

Jako możliwe akty prawne proponowane są: umowa międzynarodowa (1), zalecenie (2), dyrektywa (3) oraz rozporządzenie (4).

1. UMOWA MIĘDZYNARODOWA

Umowa międzynarodowa nie była brana pod uwagę przez Komisję Europejską w Komunikacie z 2001 r., ponieważ jej zdaniem wychodziłaby ona poza zakres inicjatywy europejskiej²⁴. Należy przychylić się do opinii Komisji i odrzucić możliwość zawarcia umowy międzynarodowej jako instrumentu wprowadzenia jednolitych zasad w zakresie prawa umów. Przeciwno temu instrumentowi przemawia cała gama argumentów podnoszonych przez doktrynę²⁵. Przede wszystkim byłoby to ze względu na wymaganą ratyfikację bardzo czasochłonne przedsięwzięcie, którego wynik

²⁴ Zob. pkt 48 Komunikatu z 2001 r.: „Another approach, which is not discussed here as it goes beyond the level of a European initiative, could be the negotiation of an international treaty in the area of contract law. This would be comparable to the CISG but with a broader scope than purely the sale of goods”.

²⁵ Ch. v. Bar: *Prace nad projektem Europejskiego Kodeksu Cywilnego*, Państwo i Prawo 2000, z. 10, s. 47; A.J. Engel: *Ein europäisches Zivilgesetzbuch? — Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht (dalej: ZfRV) 1999, nr 4, s. 122; H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji europejskiego prawa zobowiązań*, Przegląd Prawa Handlowego 2004,

byłby niepewny. Ponadto wymagany konsens polityczny mógłby stanowić znaczną przeszkodę w próbie sformułowania umowy. Kolejny problem mogłyby stanowić klauzule derogacyjne oraz zastrzeżenia, które są zazwyczaj elementem umów międzynarodowych. Oprócz tego trudnymi do zrealizowania okazać mogłyby się próby nowelizacji umowy, ponieważ każdorazowo wymagana byłaby jednomyślność wszystkich państw członkowskich. Istniałoby zatem ryzyko petryfikacji prawa. W doktrynie wyrażana jest również obawa, że brak udziału instytucji europejskich przy formułowaniu przepisów mógłby doprowadzić do nienależytego uwzględnienia europejskiego prawa prywatnego, czego skutkiem byłby brak koherencji oraz wspólnej systematyki²⁶. Przeciwnie instrumentowi umowy międzynarodowej przemawia w końcu brak upoważnienia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości do jej wykładni. Wymagana byłaby zatem ratyfikacja protokołu wskazującego Europejski Trybunał Sprawiedliwości jako sąd właściwy w sprawach wykładni traktatu, która mogłaby być kolejnym źródłem problemów. Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej wymienione wątpliwości, należy opowiedzieć się przeciw wdrożeniu jednolitych zasad prawa umów w drodze umowy międzynarodowej.

2. ZALECENIE

Jako jeden z możliwych instrumentów prawnych Komisja wskazała w Komunikacie z 2001 r.²⁷ oraz w Planie Działania²⁸ zalecenie, uregulowane w art. 249 ust. 5 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (dalej: TWE)²⁹. Komisja podkreśliła jednak, że taka forma może być brana tylko pod uwagę w razie przyjęcia instrumentu opcjonalnego, istniejącego równolegle do praw narodowych³⁰. Jest to motywowane tym, iż zalecenie zgodnie z art. 249 ust. 5 TWE nie ma mocy wiążącej. W razie przyjęcia metody *opt-out* bardziej wskazane wydaje się rozporządzenie aniżeli zalecenie, mianowicie ze względu na bezpośrednie zastosowanie regulacji³¹. W przypadku zaś metody *opt-in* powstaje pytanie³², czy zalecenie mogłoby służyć jako prawo właściwe wybrane przez strony na podstawie art. 3 ust. 1 konwencji rzym-

nr 3, s. 33; A. Staudinger: *Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht*, Verbraucher und Recht (dalej: VuR) 2001, nr 10, s. 357.

²⁶ A.J. Engel: *Ein europäisches...*, *op. cit.*, s. 122.

²⁷ Pkt 65 Komunikatu z 2001 r.

²⁸ Pkt 92 Planu Działania.

²⁹ Wersja skonsolidowana, Dz.Urz. UE z dnia 29 grudnia 2006 r., C 321 E, s. 5 i n.

³⁰ Pkt 92 Planu Działania.

³¹ Komunikat z 2004 r., aneks II pkt 3. Zob. też D. Staudenmayer: *The Commission Action Plan on European Contract Law*, *European Review of Private Law* (dalej: ERPL) 2003, nr 2, s. 126; tenże: *Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?*, ZEuP 2003, nr 4, s. 838.

³² D. Staudenmayer: *The Commission...*, *op. cit.*, s. 126; S. Knöfel: *Bewegung im Vertragsrecht in Europa? — Der Aktionsplan der Europäischen Kommission für „ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht“*, Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht 2004, nr 1, s. 30.

skiej³³. Na podstawie obowiązujących przepisów konwencji rzymskiej jest to wątpliwe, ponieważ, jak się wydaje, art. 3 nie dopuszcza wyboru prawa, które nie jest prawem państwowym³⁴. Wybór instrumentu prawnego przy zastosowaniu metody *opt-in* zależny jest w dużej mierze od tego, jak ukształtowane zostanie powiązanie tego instrumentu z następcą konwencji rzymskiej³⁵. Projekt rozporządzenia „Rzym I”³⁶ idzie dalej w tej kwestii od obowiązujących przepisów, przewidując, że „strony mogą wybrać jako prawo właściwe przepisy i zasady materialnego prawa umownego, uznane na poziomie międzynarodowym lub wspólnotowym” (art. 3 ust. 2 akapit 1 projektu rozporządzenia). Parlament Europejski z kolei opowiedział się za skreśleniem w tym projekcie odwołania do zasad oraz reguł uznanych na płaszczyźnie wspólnotowej, krytykując, że rozporządzenie nie powinno odnosić się pośrednio do Wspólnego Systemu Odniesień (*Common Frame of Reference*, CFR), który jeszcze nie istnieje i nie wiadomo, jaki kształt przybierze oraz na jakiej podstawie prawnej zostanie przyjęty³⁷.

Jednolita interpretacja zalecenia byłaby zagwarantowana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości³⁸, który zgodnie z art. 234 ust. 1 lit. b TWE jest sądem właściwym do orzekania w trybie prejudycjalnym w sprawach ważności oraz wykładni aktów przyjętych przez instytucje Wspólnoty. Jest to argument ważny, jednak nieprzeważający, ponieważ powołany artykuł odnosi się również do dyrektyw oraz rozporządzeń wspólnotowych³⁹.

Podsumowując, stwierdzić trzeba, że zalecenie — przynajmniej obecnie — nie wydaje się odpowiednim instrumentem prawnym wprowadzającym jednolite zasady dotyczące prawa umów do porządku prawnego.

³³ Konwencja o prawie właściwym dla zobowiązań umownych, otwarta do podpisu w Rzymie dnia 19 czerwca 1980 r., Dz.Urz. UE z dnia 8 lipca 2005 r., C 169, s. 10 i n.

³⁴ M. v. Hufel: *Das Europäische Vertragsrecht zwischen Mythos und Realität* (w:) M. Eiselsberg (red.): *Europäisches Vertragsrecht. Vereinheitlichtes Recht — Rechtsvereinheitlichung in Europa. 15. Europäische Notarentage 2003*, Wien 2003, s. 42; M. Wojcwoda: *Zakres prawa właściwego dla zobowiązań umownych*, WoltersKluwer 2007, s. 77. Odmienne: A. Staudinger: *Die Mitteilung...*, *op. cit.*, s. 358. Ogólnie do tego problemu zob. H. Heiss (w:) D. Czernich, H. Heiss (red.): *EVÜ. Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen. Kommentar*, Wien 1999, art. 3 nb 44.

³⁵ Aneks II pkt 3 Komunikatu z 2004 r.

³⁶ Wniosek z 15 grudnia 2005 r. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady dotyczące prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I), KOM(2005) 650 wersja ostateczna. Tekst ogłoszony w Kwartalniku Prawa Prywatnego (dalej: KPP) 2006, z. 1, s. 254 i n.

³⁷ Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM(2005)0650 — C6-0441/2005 — 2005/0261(COD).

³⁸ C. Gaitanides (w:) H. v. d. Groeben, J. Schwarze (red.): *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Bd. 4, 6. wyd., Baden-Baden 2004, art. 234 nb 18; U. Ehricke (w:) R. Streinz (red.): *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München 2003, art. 234 nb 17.

³⁹ C. Gaitanides (w:) H. v. d. Groeben, J. Schwarze (red.): *Kommentar...*, *op. cit.*, art. 234 nb 18; U. Ehricke (w:) R. Streinz (red.): *EUV/EGV. Vertrag...*, *op. cit.*, art. 234 nb 17.

3. DYREKTYWA

Zgodnie z art. 249 ust. 3 TWE dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Dyrektywa ma zatem na celu wdrożenie do porządków prawnych państw członkowskich pojedynczych wartości materialnych, ustanowionych na płaszczyźnie Wspólnoty Europejskiej. Ten dwustopniowy proces legislacyjny, w którym Wspólnota Europejska odpowiedzialna jest za „europejski konsens wartości”⁴⁰, a pojedyncze państwa członkowskie za spójność własnego systemu prawnego i w związku z tym za transformację dyrektywy do swojego porządku prawnego, tworzy przeszkodę dla wprowadzenia jednolitych zasad⁴¹. Podnosi się, że powstanie różnic między poszczególnymi ostatecznymi regulacjami implementującymi dyrektywę pozostaje w sprzeczności z jednolitością zasad⁴². Należy przychylić się do tej opinii i wykluczyć dyrektywę jako instrument wprowadzenia jednolitego prawa umów.

4. ROZPORZĄDZENIE

Jako jeden z możliwych instrumentów prawnych Komisja zasugerowała rozporządzenie⁴³. Również doktryna opowiada się za rozporządzeniem⁴⁴. W odróżnieniu od dyrektywy rozporządzenie nie przyznaje państwom członkowskim swobody przy wdrożeniu regulacji do własnego porządku prawnego, jednak zagwarantowałoby przedsiębiorcom przejrzyste i jednolite zasady na rynku wewnętrznym⁴⁵. Jak wskazano powyżej, rozporządzenie zdaje się odpowiednim instrumentem prawnym przy zastosowaniu metody *opt-out*⁴⁶. Również w przypadku metody *opt-in* wydaje się, iż w aktualnym stanie prawnym rozporządzenie mogłoby służyć jako „prawo”, o którym mowa w art. 3 ust. 1 konwencji rzymskiej, a przynajmniej byłoby to

⁴⁰ *Europäischer Wertungskonsens*.

⁴¹ J. Basedow: *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex*, Archiv für die civilistische Praxis 2000, t. 200, s. 479.

⁴² Pkt 63 Komunikatu z 2001 r.; M. v. Huffel: *Das Europäische...*, *op. cit.*, s. 42; H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 33; J. Rajska: *Kierunki rozwoju europejskiego prawa kontraktów*, KPP 2002, z. 1, s. 217; A. Staudinger: *Die Mitteilung...*, *op. cit.*, s. 356. Zob. też D. Staudenmayer: *The Commission...*, *op. cit.*, s. 125 i n., a za nim M. Boszko: *Plan Działania Komisji Europejskiej w zakresie europejskiego prawa umów*, Transformacje Prawa Prywatnego 2006, nr 1, s. 15.

⁴³ Pkt 64 Komunikatu z 2001 r.; pkt 92 Planu Działania.

⁴⁴ Zob. Ch. v. Bar: *Prace nad...*, *op. cit.*, s. 47; J. Basedow: *Das BGB...*, *op. cit.*, s. 479; H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 33; J. Rajska: *Kierunki rozwoju...*, *op. cit.*, s. 217; D. Staudenmayer: *The Commission...*, *op. cit.*, s. 125, 126. Zob. też aneks do Planu Działania, pkt 4.4.5. Por. też Komunikat z 2004 r., aneks II pkt 3.

⁴⁵ Pkt 64 Komunikatu z 2001 r.

⁴⁶ Pkt II 2.

bardziej prawdopodobne aniżeli zakwalifikowanie zalecenia jako „prawo” w znaczeniu tego przepisu⁴⁷.

Podobnie jak w przypadku zalecenia oraz dyrektywy jednolita wykładnia regulacji zawartych w rozporządzeniu zagwarantowana byłaby przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości (art. 234 ust. 1 lit. b TWE).

Wszystkie argumenty zdają się więc przemawiać za rozporządzeniem jako właściwym instrumentem prawnym.

5. PODSUMOWANIE

Z analizy możliwych instrumentów prawnych zasugerowanych przez Komisję Europejską wynika, że najbardziej odpowiednim instrumentem prawnym wdrożenia jednolitych zasad w zakresie prawa umów jest rozporządzenie.

III. PODSTAWA PRAWNA

Kolejne pytanie dotyczy podstawy prawnej. Punktem wyjścia jest zasada ograniczonej kompetencji. Zgodnie z art. 5 ust. 1 TWE Wspólnota działa w granicach kompetencji powierzonych jej niniejszym traktatem oraz celów w nim wyznaczonych. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską zawiera z jednej strony pojedyncze postanowienia, jak na przykład art. 40⁴⁸, 47 ust. 1⁴⁹ TWE, z drugiej zaś ogólne kompetencje, jak na przykład art. 95 TWE. Przepisy traktatu regulujące kompetencje mają charakter funkcjonalny, tzn. wybrany środek powinien służyć celowi wymienionemu w powoływanej podstawie prawnej⁵⁰. Możliwe podstawy prawne stanowią w przypadku wprowadzenia jednolitych zasad prawa umów art. 65, 95 oraz 308 TWE.

⁴⁷ D. Staudenmayer: *The Commission...*, *op. cit.*, s. 126. Zob. też uwagi dotyczące rozporządzenia „Rzym I” w pkt II 2.

⁴⁸ Środki niezbędne do wprowadzenia w życie swobodnego przepływu pracowników w rozumieniu art. 39 TWE.

⁴⁹ Dyrektywy zmierzające do wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji, w celu ułatwienia podejmowania i wykonywania działalności prowadzonej na własny rachunek.

⁵⁰ A.J. Engel: *Ein Europäisches Zivilgesetzbuch? — Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz*, ZfRV 1999, nr 4, s. 122.

1. ARTYKUŁ 65 TWE

Tytuł IV dotyczy wiz, azylu, imigracji i innych polityk związanych ze swobodnym przepływem osób (art. 61–69) wprowadzony został do traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską przez traktat z Amsterdamu⁵¹. W grę wchodzi tu art. 61 lit. c TWE, który stanowi, iż w celu stopniowego ustanowienia przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości Rada przyjmuje środki w dziedzinie współpracy sądowej w sprawach cywilnych przewidziane w art. 65. Przez „środki” należy przy tym rozumieć wszelkie akty prawne, tj. oprócz środków wymienionych w art. 249 TWE również umowy międzynarodowe⁵². Zgodnie z art. 65 lit. b TWE w zakresie niezbędnym do zapewnienia należytego funkcjonowania rynku wewnętrznego środki z zakresu współpracy sądowej w sprawach cywilnych, mające skutki transgraniczne, które powinny być podjęte zgodnie z art. 67, zmierzają do wspierania zgodności norm mających zastosowanie w państwach członkowskich w dziedzinie kolizji ustaw i sporów o właściwość. Ograniczenia⁵³ przewidziane w cytowanym przepisie unieumożliwiają stosowanie go jako podstawy prawnej w planowanym zakresie. Artykuł 65 TWE stosuje wprawdzie katalog otwarty i dlatego cytowany przepis służyć może jedynie jako przykład. Chcąc wprowadzić inny środek na podstawie tego przepisu, trzeba jednak mieć na uwadze całokształt przepisu. Dlatego odrzucić należy art. 65 TWE jako możliwą podstawę prawną wprowadzenia jednolitych zasad.

2. ARTYKUŁ 308 TWE

Zgodnie z jego brzmieniem i pozycją art. 308 TWE znajduje zastosowanie tylko subsydiarnie, gdy wymagane jest działanie Wspólnoty w celu realizacji jednego z jej celów, a traktat nie przewiduje przy tym odpowiednich kompetencji Wspólnoty⁵⁴. Muszą więc zachodzić okoliczności, których strony traktatu nie wzięły pod uwagę, podpisując go, a które zostałyby w innym przypadku uregulowane, ponieważ bez działania Wspólnoty zagrożona byłaby realizacja jednego z jej celów⁵⁵.

⁵¹ Dz.Urz. C 340 z dnia 10 listopada 1997 r.

⁵² Jeśli chodzi zaś o art. 61 lit. a oraz lit. e, przez „środki” należy rozumieć instrumenty III filaru UE (art. 34 TUE). Zob. L. Schmahl (w:) H. v. d. Groeben, J. Schwarze (red.): *Kommentar...*, op. cit., Bd 1 (Art. 1–53 EUV, Art. 1–80 EGV), 6 wyd., Baden-Baden 2003, art. 61 nb 4; W. Weiß (w:) R. Streinz (red.): *EUV/EGV. Vertrag...*, op. cit., art. 61 nb 5, 6; J. Bergmann (w:) O. Lenz, K.–D. Borchardt (red.): *EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 4 wyd., Köln 2006, art. 61 nb 1.

⁵³ Wątpliwości co do ograniczenia do procedury cywilnej zgłasza J. Basedow: *Das BGB...*, op. cit., s. 477, powołując się na Plan Działania z przełomu lat 1998 i 1999 Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam on an area of freedom, security and justice, Dz.Urz. z dnia 23 stycznia 1999 r., C 19, s. 1–15.

⁵⁴ A.J. Engel: *Ein Europäisches...*, op. cit., s. 123 i cytowana tam literatura.

⁵⁵ Tamże.

Artykuł 308 TWE stosuje się zatem jedynie w wypadkach, gdy żadne inne postanowienie traktatu nie wchodzi w grę jako podstawa prawna. Jeśli istnieje zaś inna możliwa podstawa prawna, lecz nie są spełnione jej przesłanki, zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości posiłkowanie się art. 308 TWE jest niedopuszczalne⁵⁶. W związku z tym zbadać należy, czy art. 95 TWE nie stanowi możliwej podstawy prawnej.

3. ARTYKUŁ 95 TWE

Na wstępie zauważyć trzeba, że przez wykluczenie dyrektywy jako rozsądnego instrumentu prawnego wdrażającego jednolite zasady prawa umów⁵⁷ równocześnie wykluczona została podstawa prawna art. 94 TWE, ponieważ artykuł ten nie przewiduje innych aktów prawnych aniżeli dyrektywa. W przeciwieństwie do tego art. 95 ust. 1 zd. 2 TWE używa szerszego pojęcia — „środki”, które obejmuje wszystkie akty prawne wymienione w art. 249 TWE⁵⁸. Zgodnie ze wspólnym oświadczeniem przedstawicieli rządów państw członkowskich do Jednolitego Aktu Europejskiego Komisja będzie dawać pierwszeństwo dyrektywie przed innymi aktami prawnymi⁵⁹. Rozstrzygające jest przy tym, czy w konkretnym przypadku zamierzony cel osiągnięty może być w równej mierze przez dyrektywę, jak i przez inny akt prawny wymieniony w art. 249 TWE. Jeśli tak, to pierwszeństwo przysługuje dyrektywie⁶⁰. W dyskutowanym przypadku — jak wykazano wyżej⁶¹ — dyrektywa nie jest odpowiednim instrumentem prawnym do wprowadzenia jednolitych zasad na terenie Wspólnoty Europejskiej. Dlatego też możliwy jest wybór innej formy prawnej aniżeli dyrektywy.

Zgodnie z art. 95 ust. 1 zd. 2 TWE przyjęte środki muszą mieć na celu ustanowienie i funkcjonowanie rynku wewnętrznego. Wykładni tego artykułu dokonał Europejski Trybunał Sprawiedliwości w sprawie dyrektywy 1998/43/WE dotyczącej reklamy i sponsoringu wyrobów tytoniowych⁶². Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że art. 95 TWE (dawniej: art. 100a TWE) nie przyznaje ustawo-

⁵⁶ A. Staudinger: *Die Mitteilung...*, op. cit., s. 357; H. Kronke: *Brauchen wir ein europäisches Zivilgesetzbuch?*, IRP — Rechtspolitisches Forum Nr. 11, Trier 2002, s. 7, 8.

⁵⁷ Zob. pkt II 3.

⁵⁸ R. Geiger: *EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, München 2004, art. 95 TWE nb 4; W. Kahl (w:) Ch. Callies, M. Ruffert (red.): *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2. wyd., Neuwied, Krißel 2002, art. 95 TWE nb 12; Ch. Tietje (w:) E. Grabitz, M. Hilf (red.), *Das Recht der Europäischen Union*, art. 95 TWE nb 47; J. Pipkorn, A. Bardenhewer-Rating, H.C. Taschmer (w:) H. v. d. Groeben, J. Schwarze (red.): *Kommentar zum...*, op. cit., art. 95 nb 67, dopuszczając możliwość zalecenia jedynie w ramach wyjątku.

⁵⁹ Dz.Urz. L 169 z 1987 r., s. 24.

⁶⁰ J. Basedow: *Das BGB...*, op. cit., s. 479 i cytowana tam literatura.

⁶¹ Zob. pkt II 3.

⁶² Sprawa C-376/98 (Niemcy/Parlament Europejski i Rada), EuGH Slg. 2000, I-8419.

dawcy wspólnotowemu ogólnej kompetencji do regulowania rynku wewnętrznego. Stwierdzenie różnic między wewnętrznymi przepisami różnych państw członkowskich oraz abstrakcyjne ryzyko naruszenia podstawowych wolności lub ewentualnie wynikające z tego zniekształcenie warunków konkurencji nie są wystarczające dla uzasadnienia wyboru art. 95 TWE jako podstawy prawnej. Akt prawny wydany na podstawie art. 95 TWE musi faktycznie mieć na celu poprawienie warunków ustanawiania i funkcjonowania rynku wewnętrznego. Omawiany artykuł może też służyć jako podstawa prawna w celu zapobiegania powstawaniu nowych przeszkód dla handlu wskutek heterogenicznego rozwoju przepisów krajowych. Powstanie takich przeszkód musi być jednak prawdopodobne, a przyjęcie planowanego środka musi mieć na celu uniknięcie tych przeszkód. Jako przeszkody dla funkcjonowania rynku wewnętrznego podaje się z jednej strony bezwzględnie obowiązujące przepisy krajowe, stosowania których nie można ominąć przez wybór prawa, oraz z drugiej strony ekonomiczne skutki różnic między narodowym prawem umów poszczególnych państw członkowskich⁶³. Argumenty te zasługują na poparcie. Przede wszystkim w prawie konsumenckim istnieje dużo bezwzględnie obowiązujących przepisów, które mają swoje źródło w dyrektywach wspólnotowych. Przez minimalny charakter tych dyrektyw różnice między krajowymi aktami prawnymi poszczególnych państw członkowskich, przez które implementowane zostały regulacje dyrektywy, są czasami bardzo istotne. Brak możliwości ominięcia takich bezwzględnie obowiązujących przepisów z uwagi na art. 5 ust. 2 konwencji rzymskiej tworzy przeszkodę dla funkcjonowania rynku wewnętrznego. Tezę tę potwierdzają opublikowane w grudniu 2006 r. wyniki badań Flash Eurobarometru o nastawieniach przedsiębiorstw do transgranicznego handlu i ochrony konsumentów⁶⁴. Badania te wykazują między innymi, że wymóg stosowania różnych legislacji narodowych dotyczących umów konsumenckich stanowi znaczącą przeszkodę dla handlu transgranicznego⁶⁵. Przez uchwalenie jednolitych zasad w odpowiedniej formie, na przykład w formie jednolitego prawa międzynarodowego⁶⁶, które ma pierwszeństwo przed przepisami prawa prywatnego międzynarodowego, strony otrzymałyby możliwość uniknięcia stosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów krajowych.

Również drugi argument zasługuje na poparcie. Koszty transakcji oraz niepewność prawna są istotnymi przeszkodami hamującymi poprawne działanie rynku wewnętrznego. Szczególnie dotknięte są małe i średnie przedsiębiorstwa oraz konsumenci. Są to strony słabe, a w szczególności ta druga grupa, dla których trud-

⁶³ D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 844, 845. Zob. też J. Basedow: *A Common Contract Law for the Common Market*, *Common Market Law Review* 1996, nr 6, s. 1174 i n.; H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 35.

⁶⁴ Nr 186: *Business attitudes towards cross-border sales and consumer protection*; http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_186_sum_dc.pdf. Badania przeprowadzone zostały w październiku 2006 r.

⁶⁵ Zob. tamże, s. 7 i n.

⁶⁶ Zob. aneks II pkt 2 Komunikatu z 2004 r.

no jest przeforsować korzystne dla siebie warunki umowy, na przykład przez wybór prawa własnego kraju. Prawo kraju kontrahenta, które zgodnie z przepisami prawa prywatnego międzynarodowego często znajduje zastosowanie, jest wymienionym grupom obce i często nie stać ich na zasięgnięcie porady prawnej, a w innych przypadkach jest to nieproporcjonalne do wartości planowanej transakcji. Jak wykazały opublikowane we wrześniu 2006 r. badania Eurobarometru dotyczące opinii konsumentów na temat zakupów zagranicznych⁶⁷, wśród konsumentów istnieje duża niepewność prawna. Mimo starań ustawodawcy wspólnotowego rynek wewnętrzny nie funkcjonuje prawidłowo. Ciągła aktywność konsumentów na rynku wewnętrznym jest bardzo mała. Wynika to między innymi z tego, że przez implementację dyrektyw konsumenckich powstają czasami istotne różnice między ostatecznymi aktami prawnymi implementującymi konkretną dyrektywę, i to — nawet przy transformacji bardzo restryktywnie sformułowanych dyrektyw, jak ta o sprzedaży konsumenckiej⁶⁸. Ponadto przez podejście sektorowe w prawie krajowym powstają rozbieżności między podobnymi regulacjami zawartymi w różnych dyrektywach⁶⁹, jak na przykład pojęcie konsumenta⁷⁰, co prowadzi do niepewności prawnej, co z kolei znajduje odzwierciedlenie w zachowaniu konsumentów. Również przedsiębiorcy kontraktujący z konsumentami wskazują problem kosztów jako przeszkodę dla handlu transgranicznego⁷¹. Zniesienie tych barier, a tym samym poprawienie warunków funkcjonowania rynku wewnętrznego byłoby celem wprowadzenia jednolitych zasad prawa umów. Podsumowując, można zatem stwierdzić, że przesłanki stosowania art. 95 TWE ustanowione przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku dotyczącym dyrektywy o wyrobach tytoniowych zasadniczo są spełnione. Odpowiedź na to pytanie może być jednak zróżnicowana, zależnie od konkretnej treści instrumentu opcjonalnego.

Sporne jest, czy zasada subsydiarności wyrażona w art. 5 ust. 2 TWE ma zastosowanie w omawianym przypadku⁷². Spór ten nie ma tu jednak większego zna-

⁶⁷ Nr 252: *Consumer protection in the Internal Market*; http://ec.europa.eu/consumers/topics/facts_en.htm. Badania przeprowadzone zostały od lutego do marca 2006 r.

⁶⁸ Zob. omówienie badań Eurobarometru pod kątem dyrektywy o sprzedaży konsumenckiej — A. Kurowska: *Der Einfluss der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auf das Verbraucherverhalten* (w:) Krakauer–Augsburger Rechtsstudien, Kraków 2007, w druku.

⁶⁹ Zob. *EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis* w wersji z 12 grudnia 2006 r., pod red. H. Schulte–Nölke w kooperacji z Ch. Twigg–Flesner oraz M. Ebers, http://www.eu-consumer-law.org/consumer-study_full_EN.pdf.

⁷⁰ Por. art. 2 ust. 4 ustawy z dnia 20 lipca 2001 r. o kredycie konsumenckim, Dz.U. Nr 100, poz. 1081 ze zm. („osoba fizyczna, która zawiera umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio niezwiązanym z działalnością gospodarczą”) z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej, Dz.U. Nr 141, poz. 1176 ze zm. („osob[a] fizyczn[a], która nabywa tę rzecz w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą”).

⁷¹ Zob. s. 8 badań Flash Eurobarometru nr 186 z 2006 r. (zob. przyp. 64). Zob. też pkt 3.2 Zielonej Księgi z 8 lutego 2007 r. w sprawie przeglądu dorobku wspólnotowego w dziedzinie praw konsumenta KOM (2006) 744 (końcowy).

⁷² Zob. A.J. Engel: *Ein europäisches...*, op. cit., s. 127 i cytowana tam literatura.

czenia, ponieważ przesłanki art. 5 ust. 2 TWE są spełnione⁷³. Osiągnięcie celu wprowadzenia jednolitych zasad prawa umów na szczeblu państw członkowskich jest trudne do wyobrażenia. Możliwe byłoby to w formie umowy międzynarodowej, jednak jak wykazano wyżej⁷⁴, przedsięwzięcie to byłoby praktycznie nie do zrealizowania.

Zważając na fakt, że w niniejszym opracowaniu mowa jest jedynie o instrumencie opcjonalnym, również zasada proporcjonalności⁷⁵ zawarta w art. 5 ust. 3 TWE wydaje się spełniona. Wdrożenie instrumentu opcjonalnego działającego obok regulacji krajowych nie pozbawia bowiem państw członkowskich kompetencji do wydawania własnych regulacji. (Inaczej przedstawiałaby się sytuacja w przypadku zastąpienia regulacji krajowych jednolitymi zasadami). Przede wszystkim w przypadku instrumentu *opt-in* zasada proporcjonalności nie sprawia problemów. Niejasne na tym etapie jest, czy przy zastosowaniu metody *opt-out* przesłanki art. 5 ust. 3 TWE również byłyby spełnione, ponieważ można by argumentować, że przyjęcie rozwiązania *opt-in* stanowiłoby łagodniejszy środek. Czy jest to środek efektywny, okazałoby się dopiero w praktyce. Jak zauważono wyżej⁷⁶, nie należy się liczyć z pozytywnymi skutkami metody *opt-in*.

Warto zwrócić uwagę na procedurę przyjęcia środka z art. 95 TWE. Zgodnie z art. 95 TWE w zw. z art. 251 TWE wymagana jest kwalifikowana większość głosów w Radzie, co jest dużym plusem wobec jednomyślności przewidzianej na przykład przez art. 308 lub 94 TWE.

4. PODSUMOWANIE

Wprowadzenie jednolitych zasad w zakresie prawa umów zasadniczo oparte może być na art. 95 TWE. Definitywna odpowiedź zależeć będzie jednak od konkretnej treści jednolitych zasad. Subsidiarne zastosowanie art. 308 TWE raczej nie wchodzi tu w grę, nawet jeśli odnośnie do niektórych regulacji jednolitych zasad umów spełnione byłyby jego przesłanki. Wskazuje się możliwość uchwalenia paru instrumentów opcjonalnych, regulujących różne dziedziny⁷⁷. Uważam, że nie jest to dobre rozwiązanie, ponieważ jednolite zasady prawa umów powinny być dobrze usystematyzowane i tworzyć całość. Taki stan można oczywiście stworzyć, uchwalając nawet kilka aktów prawnych, lecz trudno będzie go zachować. Dlatego moim

⁷³ Por. J. Basedow: *A Common...*, *op. cit.*, s. 1191, 1192; A.J. Engel: *Ein europäisches...*, *op. cit.*, s. 128; H. Konarski: *Perspektywy kodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 35; Ch. Schmid: *Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs*, JZ 2001, nr 13, s. 676, 677. Odmienne A. Staudinger: *Die Mitteilung...*, *op. cit.*, s. 357, nie podając jednak żadnych argumentów.

⁷⁴ Zob. pkt II 1.

⁷⁵ Zob. A.J. Engel: *Ein europäisches...*, *op. cit.*, s. 128, 129.

⁷⁶ Zob. pkt I 1.

⁷⁷ D. Staudenmayer: *Ein optionelles...*, *op. cit.*, s. 846, który proponuje to rozwiązanie jako jedno z kilku.

zdaniem wydany powinien być jeden akt prawny oparty na art. 95 TWE. Regulacje, które absolutnie nie mogą być oparte na tej podstawie prawnej, nie powinny znaleźć się w jednolitych zasadach.

IV. UWAGI KOŃCOWE

Nie sposób udzielić ostatecznej odpowiedzi na wiele pytań dotyczących wprowadzenia jednolitych zasad w zakresie prawa umów. Poziom abstrakcji jest bowiem na tym etapie jeszcze zbyt wysoki. Dzieje się moim zdaniem tak ze względu na odczuwalną niechęć części uczestników rynku wobec planowanych zmian. Rzeczą oczywistą jest, że bronią się oni przed jakimikolwiek zmianami, ponieważ związane byłoby to dla nich z dodatkowymi kosztami. Z drugiej strony zauważyć trzeba, że słabsi uczestnicy rynku ze względu na poziom skomplikowania materii pewnie nie zabierali głosu w dyskusji, nie odpowiadali na apele Komisji. Dlatego rysuje się nam trochę wykrzywiony obraz. Nie ulega jednak wątpliwości, że obecny stan prawny nie może być utrzymany na stałe. Dlatego też ustawodawca wspólnotowy nie powinien zwlekać z wprowadzeniem zmian.

DOMINIKA MRÓZ*

ODPOWIEDZIALNOŚĆ WSPÓLNIKA SPÓŁKI CYWILNEJ ZA WADY FIZYCZNE I PRAWNE WNIESIONEGO WKŁADU W ŚWIELE ART. 862 K.C.

WSTĘP

Spółka cywilna ze względu na uproszczoną w porównaniu z osobowymi spółkami prawa handlowego procedurę zawiązywania cieszy się w obrocie ogromną popularnością jako dogodna forma prowadzenia szeroko rozumianej działalności zarobkowej (w tym: działalności gospodarczej) i realizacji wspólnego celu ekonomicznego. Wskazuje się ją jako najczęściej wykorzystywaną w praktyce strukturę organizacyjno-prawną dla tego typu działań, obejmującą obszary tradycyjnie zarezerwowane dla bardziej zinstytucjonalizowanych form spółkowych¹. Jak wynika z danych GUS, dnia 1 stycznia 2006 r. w Polsce zanotowano 268 047 spółek cywilnych²; jest to największa liczba w porównaniu z innymi typami spółek.

Wspólnicy spółki cywilnej realizują wspomniany cel ekonomiczny poprzez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 k.c.). Takie sformułowanie cytowanego przepisu wskazuje na ogromną doniosłość czynności wniesienia wkładów. Wkłady, zwłaszcza te polegające na przeniesieniu na spółkę własności rzeczy lub wniesieniu do spółki rzeczy jedynie do używania, stanowią podstawowe zaplecze materialne dla rozpoczęcia i prowadzenia działal-

Artykuł zrecenzowany przez dr Annę Rachwał (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* Doktorantka w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, aplikant radcowski przy OIRP w Krakowie, współpracownik Polsko-Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Por. M. Litwińska: *Spółka cywilna w świetle nowych regulacji prawnych*, Przegląd Prawa Handlowego (dalej: PPH) 2001, nr 7, s. 1.

² Dane te podaje D. Nowak (w:) *Prawo spółek 2006–2007*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2007, s. 27.

ności w formie spółki, a co za tym idzie — dla osiągnięcia zamierzonego przez współników celu ekonomicznego.

Wobec powyższego, ich przedmioty winny spełniać odpowiednie normy jakościowe, tak aby w sposób jak najpełniejszy służyły uzgodnionemu w umowie przez współników celowi gospodarczemu przez cały okres jego realizacji. Ustawodawca przewidział zatem w art. 862 k.c. dodatkową, współlistniejącą obok reżimu odpowiedzialności kontraktowej i deliktowej regulację uprawnień przysługujących w razie wniesienia przez współnika wadliwego wkładu. Wskazanie sposobu realizacji tychże uprawnień (formy i skutków ich wykonania oraz podmiotu do tego uprawnionego) może nastręczyć niemało trudności z dwóch względów:

- konieczności jedynie odpowiedniego, a więc wymagającego pogłębionego procesu interpretacji stosowania przepisów, do których art. 862 k.c. odsyła;
- braku odrębnej od współnika wnoszącego wkład obciążony wadami podmiotowości spółki cywilnej³.

W literaturze podkreśla się, iż wniesienie wkładu polegającego na przeniesieniu własności rzeczy nie jest sprzedażą, a wniesienie rzeczy tylko do używania nie jest najmem — tym motywuje się konieczność jedynie odpowiedniego stosowania przepisów o sprzedaży czy najmie⁴, ich niezbędnej adaptacji⁵, jednakże nie precyzuje się rezultatów tegoż odpowiedniego stosowania. Niektórzy autorzy idą nieco dalej w egzegezie normy art. 862 k.c., wskazując na przepisy, które znajdą zastosowanie w odniesieniu do spółki cywilnej, a których zastosowanie należy wyłączyć⁶. Jednakże i oni nie ujmują, do jakich konsekwencji prowadzi zastosowanie proponowanych norm i jak w pełni umotywować wskazane wyłączenia. Nieliczne, bardziej szczegółowe opracowania o charakterze artykułu koncentrują się jedynie na zagadnieniu odpowiedzialności współnika spółki cywilnej za wady fizyczne i prawne wniesionego wkładu (rękojmia za wady) — czyli na jednym z trzech bloków zagadnień regulowanych przez normę odsyłającą art. 862 k.c.⁷ — i to w szerszym ujęciu, a mianowicie na tle regulacji dotyczącej osobowych spółek handlowych. Znacznie więcej prac — od obszerniejszych o charakterze komentatorskim⁸ po te

³ Tak W. Pyziół (w:) W. Pyziół, A. Szumański, I. Weiss: *Prawo spółek*, Bydgoszcz–Kraków 2004, s. 50.

⁴ Tak J. Gudowski (w:) *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 2, pod red. G. Bieńka, Warszawa 2006; K. Pietrzykowski (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 2004; Z. Radwański, J. Panowicz–Lipska, *Zobowiązania — część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 296; W. Pyziół (w:) *Prawo...*, op. cit., s. 66–67.

⁵ G. Jędrejek (w:) *Prawo...*, op. cit., s. 89.

⁶ Tamże.

⁷ A. Baranowska: *Odpowiedzialność za wady fizyczne i prawne wkładów rzeczowych w spółkach osobowych*, *Prawo Spółek* 2003, nr 6, s. 22 i n.

⁸ A. Kidyba: *Kodeks spółek handlowych. Objasnienia*, Zakamycze 2001, s. 86 i n.; S. Sołtysiński (w:) S. Sołtysiński, J. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, t. 1, Warszawa 2001, s. 324 i n.; S. Sołtysiński (w:) S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja: *Kodeks handlowy. Komentarz*, t. 1, Warszawa 1997, s. 658 i n.

krótsze⁹ — poświęconych jest analizie podobnie brzmiącej normy art. 49 § 1 k.s.h.¹⁰ dotyczącej spółki jawnej czy jej odpowiednika na gruncie uprzednio obowiązującego kodeksu handlowego¹¹.

Zawierają one merytorycznie szersze rozważania, które dzięki podobieństwu regulacji obu wspomnianych norm odsyłających mogą stanowić dobrą bazę do rekonstrukcji konsekwencji prawnych wniesienia wkładów do spółki cywilnej w świetle art. 862 k.c.

W niniejszym opracowaniu adaptacja przepisów o sprzedaży i najmie w zakresie wskazanym w art. 862 k.c. została dokonana przy uwzględnieniu specyficznego charakteru umowy spółki cywilnej i jej celu; główną dyrektywę interpretacyjną dla funkcjonalnej wykładni art. 862 k.c. stanowi dla mnie konieczność zapewnienia pełnej i efektywnej ochrony należytości wykonania zobowiązania do wniesienia wkładów — głównego zobowiązania każdego współnika. W literaturze przedmiotu¹² neguje się możliwość przyznania „spółce” większości uprawnień z tytułu rękojmi przysługujących jej z mocy norm konstruowanych na podstawie odesłania; odmawia się możliwości zastosowania przepisów statuujących uprawnienie do żądania obniżenia ceny oraz odstąpienia od umowy w przypadku wadliwości wniesionego wkładu ze względu na specyfikę umowy spółki jako umowy niewzajemnej. Według niektórych autorów¹³ dopuszcza się jedynie możliwość wykonania przez „spółkę” uprawnienia do żądania wymiany rzeczy na wolne od wad lub usunięcia wady. Jednakże taka interpretacja wydaje się zbyt wąska i wypaczająca funkcję ochronną norm regulujących rękojmi.

W związku z powyższym, opowiadam się przyznaniem „spółce” jak najszerszej ochrony prawidłowości wykonania zobowiązania do wniesienia wkładu poprzez przyznanie pełnego katalogu uprawnień z tytułu rękojmi między innymi za przyznaniem pozostałym współnikom możliwości zniweczenia stosunku spółki w wyniku wykonania prawa odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia ze współnikiem, który wniósł wadliwy wkład, przez co poważnie nadużył zaufania pozostałych współników już na samym początku działalności spółki. Celem niniejszego opracowania jest:

⁹ R. Stefanicki: *Odpowiedzialność z tytułu rękojmi za wady fizyczne wkładu rzeczowego w spółce jawnej (waga problemu)* (w: *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach obowiązywania*, praca zbiorowa, Wrocław 2006, s. 445 i n.

¹⁰ Ustawa z dnia 12 września 2000 r. (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.); przywołany przepis stanowi: „Jeżeli współnik zobowiązał się wnieść tytułem wkładu do spółki rzeczy inne niż pieniądze na własność lub do używania, wówczas do jego obowiązku świadczenia i ryzyka przypadkowej utraty przedmiotu świadczenia stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży lub o najmie”.

¹¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. (Dz.U. Nr 57, poz. 502). Odpowiednikiem obecnego art. 49 § 1 k.s.h. był art. 103 k.h., w myśl którego: „w przypadku, w którym spółnik (pisownia oryginalna — przyp. D.M.) zobowiązał się wnieść do spółki rzeczy inne niż pieniądze na własność lub do używania, wówczas do jego obowiązku świadczenia, odpowiedzialności z tytułu rękojmi i ponoszenia niebezpieczeństwa stosuje się odpowiednio przepisy już to o sprzedaży, już to o najmie”.

¹² A. Baranowska: *Odpowiedzialność..., op. cit.*

¹³ Tamże.

- analiza rezultatu odpowiedniego zastosowania przepisów powołanych w brzmieniu art. 862 k.c. — dopuszczalności i kształtu uprawnień przysługujących względem współnika wnoszącego wadliwy wkład;
- próba wskazania podmiotu władnego zrealizować ustalone w związku z powyższym uprawnienia.

1. ZAKRES STOSOWANIA ART. 862 K.C. W CZĘŚCI DOTYCZĄCEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA WADY Z TYTUŁU RĘKOJMI

Artykuł 862 k.c. stanowi, iż jeżeli współnik zobowiązał się wnieść do spółki własność rzeczy, do wykonania tego zobowiązania, jak również do odpowiedzialności z tytułu rękojmi oraz do niebezpieczeństwa utraty lub uszkodzenia rzeczy stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży. Jeżeli rzeczy mają być wniesione tylko do używania, stosuje się w powyższym zakresie przepisy o najmie. Odesłanie z art. 862 k.c. ma charakter tzw. odesłania systemowego. Celem racjonalnego ustawodawcy była całościowa regulacja zakresu i form odpowiedzialności współnika wnoszącego wadliwy wkład — stąd sformułowanie: „stosuje się odpowiednio przepisy o sprzedaży (...) i najmie”. Takie sformułowanie dopuszczalne jest pod warunkiem, że przepisy, do których się odsyła, dadzą się w sposób niebudzący wątpliwości wydzielić spośród innych. W omawianej sytuacji przepisy te dają się wydzielić: są to art. 556 i n. k.c. oraz art. 664 i n. k.c.

Brzmienie tytułu niniejszego opracowania wskazuje, iż jego przedmiot stanowić będzie analiza zakresu stosowania normy art. 862 k.c. jedynie w części dotyczącej regulacji odpowiedzialności współnika spółki cywilnej z tytułu rękojmi — a więc w związku z wniesieniem do spółki wkładu obciążonego wadą fizyczną lub prawną. Hipoteza wspomnianej normy nie obejmuje wszystkich rodzajów wkładów wymienionych w art. 861 § 1 k.c. Przepis wymienia jedynie: wkład polegający na wniesieniu własności rzeczy oraz na wniesieniu rzeczy wyłącznie do używania. Z tego wynika, że z zakresu zastosowania art. 862 k.c. wyłączono regulację odpowiedzialności za wady wniesionego wkładu polegającego na świadczeniu usług. Ponadto, przepis ten pomija wkład polegający na wniesieniu do spółki „innych praw niż własność”; z tego zakresu pojęciowego wymienia jedynie prawo do używania rzeczy. Z zakresu przedmiotowego hipotezy normy art. 862 k.c. wykluczyć należy także wniesienie wkładu pieniężnego z dwóch względów. Po pierwsze, w związku z brakiem jednoznacznej, zarówno legalnej, jak i doktrynalnej kwalifikacji pieniędzy jako rzeczy¹⁴, a po drugie — z intencją ustawodawcy usytuowania współnika wno-

¹⁴ Po pierwsze, pieniądź postrzega się w doktrynie w ogólności jako przedmiot materialny niebędący rzeczą lub szczególną odmianą rzeczy; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk: *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, War-

szącego wadliwy wkład w pozycji analogicznej do pozycji sprzedawcy czy wynajmującego — a zatem podmiotu, przedmiotem zobowiązania którego jest świadczenie analogiczne do świadczenia sprzedawcy czy wynajmującego, a nie świadczenie analogiczne do świadczenia kupującego (świadczenie pieniężne stanowiące cenę).

Przyjąć należy, iż katalog wkładów objętych hipoteczą art. 862 k.c. ma charakter enumeratywny — nie obejmuje zatem wkładów polegających na wniesieniu do spółki innych praw niebędących prawem własności poza prawem do używania rzeczy; odesłanie do przepisów o rękojmi przy sprzedaży i najmie nie znajdzie zastosowania do odpowiedzialności za wady wkładu polegającego przykładowo na wniesieniu użytkowania wieczystego, przelewie wierzytelności na rzecz „spółki”, wniesieniu rzeczy do używania i pobierania z niej pożytków, czy też wniesieniu majątkowego prawa autorskiego.

W związku z brzmieniem art. 566 k.c. powstaje pytanie, czy katalog uprawnień z tytułu rękojmi przy sprzedaży statuowany przez tę normę można poszerzyć o uprawnienia przysługujące kupującemu w razie niezgodności towaru z umową regulowane ustawą z dnia 27 lipca 2002 r. o szczególnych warunkach sprzedaży konsumenckiej oraz o zmianie kodeksu cywilnego (ustawa o sprzedaży konsumenckiej — dalej u.s.k.). Należy na nie udzielić odpowiedzi przeczącej. Trudno bowiem przyjąć, aby przedmiot wkładu stanowił tzw. towar konsumpcyjny, tj. nabyty w celu niezwiązanym z działalnością zawodową lub gospodarczą¹⁵, nawet jeśli działalność w formie spółki nie kwalifikuje się jako gospodarcza lub zawodowa. Przedmiot wkładu przeznaczony jest bowiem nie do osobistego użytku nabywców (w tym kontekście: pozostałych współników, którzy zostają współwłaścicielami), ale służy wszystkim współnikom dla realizacji określonego w umowie spółki celu.

2. POJĘCIE RĘKOJMI

Rękojmia za wady rzeczy sprzedanej to szczególnie uregulowany reżim odpowiedzialności sprzedawcy wobec kupującego za jakość i stan prawny rzeczy sprze-

szawa 2001, s. 241 (por. wyrok SN z dnia 18 kwietnia 1980 r., IV CR 87/80, OSNCP 1981, nr 1, poz. 10); orzeczenie dostępne w programie Lex Omega. Przeciwno uogólnianiu tego poglądu wypowiedzieli się S. Dmowski i S. Rudnicki (w:) *Komentarz...*, op. cit., s. 176. Przymiot rzeczy oznaczonej co do gatunku (rzeczy zamiennej) pieniądze zyskują jedynie na gruncie regulacji szczególnych, przykładowo: przepisów dotyczących pożyczki. Wątpliwości budzi także kwalifikacja pieniądza elektronicznego, zdematerializowanego, na którym opiera się całokształt rozliczeń bezgotówkowych jako rzeczy w związku z przyjęciem założenia, iż na gruncie polskiego prawa cywilnego rzeczą może być tylko przedmiot materialny. Wątpliwości interpretacyjne dotyczące pojęcia „rzeczy” w kontekście konieczności ustalenia rodzajów wkładów mieszczących się w zakresie hipotezy normy statuującej odpowiedzialność współnika z tytułu rękojmi ustawodawca rozstrzygnął na gruncie regulacji dotyczącej spółki jawnej w art. 49 k.s.h. poprzez użycie sformułowania „rzeczy innych niż pieniądze”.

¹⁵ Kwalifikację przedmiotu umowy jako towaru konsumpcyjnego jako przesłankę dopuszczalności stosowania przepisów ustawy o sprzedaży konsumenckiej do umów innych niż własność akcentuje M. Pecyna (w:) M. Pecyna: *Ustawa o sprzedaży konsumenckiej. Komentarz*, Zakamycze 2004, s. 27 i n.

danej¹⁶. Wyodrębnia się on z ogólnego reżimu odpowiedzialności za niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 i n. k.c.). Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na zupełne uniezależnienie odpowiedzialności sprzedawcy od jego winy czy nawet wiedzy o istnieniu wady rzeczy sprzedanej¹⁷. Specyficznie zostały ukształtowane uprawnienia, jakie kupujący może uzyskać w przypadku ujawnienia się wad rzeczy:

- prawo odstąpienia od umowy oraz żądanie obniżenia ceny rzeczy sprzedanej (art. 560 k.c.),
- roszczenie o dostarczenie rzeczy wolnych od wad zamiast wydanych rzeczy wadliwych albo o usunięcie wady (art. 561 k.c.).

Ponadto, kupującemu korzystającemu z uprawnień z tytułu rękojmi przysługuje roszczenie o naprawienie szkody. Odpowiedzialność z tytułu rękojmi może ulec rozszerzeniu (przykładowo: przez wprowadzenie w szerszym zakresie odpowiedzialności sprzedawcy), ograniczeniu (przykładowo: przez wyłączenie niektórych uprawnień kupującego), a nawet zupełnemu wyłączeniu z treści umowy sprzedaży¹⁸.

Istota rękojmi w przypadku wad rzeczy najętej kształtuje się podobnie jak w przypadku umowy sprzedaży. Odpowiedzialność ta została ukształtowana obok zasad ogólnych dla wzmocnienia pozycji najemcy¹⁹.

3. POJĘCIE ODPOWIEDNIEGO STOSOWANIA PRZEPISÓW

Jak podkreśla się w literaturze²⁰, art. 862 k.c. odsyła do odpowiedniego, a więc uwzględniającego specyfikę umowy spółki, stosowania przepisów kodeksu cywilnego o sprzedaży i najmie (art. 535 i n., art. 556 i n., art. 659 i n. k.c.). Stosowanie przywołanych przepisów jedynie odpowiednio uzasadnione jest tym, iż wniesienie wkładu polegającego na przeniesieniu własności na rzecz „spółki” nie jest sprzedażą w rozumieniu art. 535 k.c., a oddanie rzeczy do używania nie stanowi najmu w ujęciu art. 659 k.c. Są to swoiste transakcje, w których po jednej stronie zajmuje miejsce wspólnik dokonujący wniesienia wkładu, a po drugiej wszyscy wspólnicy (ze wspólnikiem wnoszącym wkład łącznie), którzy przejmują przedmiot wkładu do majątku wspólnego stanowiącego wspólność łączną²¹.

Odpowiednie stosowanie przepisów (w analizowanym przypadku: o sprzedaży i o najmie) może polegać na zastosowaniu danych przepisów wprost, zastosowaniu ich z modyfikacjami uwzględniającymi specyfikę instytucji prawnej, do której

¹⁶ W Żukowski (w:) *Sprzedaż*, pod red. F. Zolla, Warszawa 2004, s. 154.

¹⁷ Tamże.

¹⁸ W. Żukowski (w:) *Sprzedaż...*, *op. cit.*, s. 155.

¹⁹ H. Ciepla (w:) *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, pod red. G. Bieńka, Warszawa 2001, s. 201.

²⁰ J. Gudowski (w:) *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 540.

²¹ Tamże.

odesłanie ma zastosowanie, oraz na wyłączeniu ich zastosowania ze względu na całkowitą ich nieadekwatność do konstrukcji normowanej przez odesłanie.

Konstrukcyjne podobieństwo między wniesieniem wkładów polegających na przeniesieniu własności rzeczy oraz na wniesieniu ich jedynie do używania z umowami sprzedaży i najmu ma charakter specyficzny i jednak mimo wszystko dość ograniczony. Sama czynność wniesienia wkładu — jakkolwiek wywołuje analogiczne do umowy sprzedaży lub najmu skutki w odniesieniu do rzeczy będącej jej przedmiotem (powoduje zmianę stosunków własnościowych w przypadku wniesienia do spółki własności rzeczy lub ograniczenie wykonywania prawa własności współnika wnoszącego wkład jedynie do używania) — nie jest umową. Stanowi jedynie wykonanie zobowiązania wykreowanego przez normy umowy spółki — umowy wielostronnej, niewzajemnej, organizacyjnej. Wniesienie wkładów jest zatem czynnością stanowiącą spełnienie świadczenia, do którego współnik jest z mocy umowy spółki zobowiązany.

4. KODEKSOWY KATALOG UPRAWNIENÍ Z RĘKOJMI; POJĘCIE WADY

Na gruncie przepisów o rękojmi przy sprzedaży wyróżnia się wady fizyczne oraz prawne rzeczy sprzedanej. Definicję legalną odpowiedzialności za wady fizyczne rzeczy statuuje art. 556 § 1 k.c. Zgodnie z brzmieniem przywołanego przepisu, można wskazać następujące przesłanki odpowiedzialności z tytułu rękojmi:

- rzecz sprzedana ma zmniejszoną wartość lub użyteczność ze względu na cel w umowie oznaczony lub wynikający z okoliczności lub przeznaczenia rzeczy,
- rzecz nie ma właściwości, o których istnieniu sprzedawca zapewnił kupującego,
- rzecz została kupującemu wydana w stanie niezupełnym.

Z wadami prawnymi (art. 559 k.c.) mamy do czynienia wtedy, gdy rzecz stanowi własność osoby trzeciej albo jest obciążona prawami osoby trzeciej, w tym również pewnymi prawami o charakterze obligacyjnym skutecznymi wobec kupującego²².

W literaturze na gruncie przepisów dotyczących najmu przez wadę rozumie się nie tylko usterki materialne rzeczy najętej, które ograniczają jej przydatność do umówionego lub wynikającego z właściwości rzeczy użytku, ale także okoliczności wpływające na zmniejszenie używalności przedmiotu najmu²³. Chodzi zarówno o wady fizyczne, jak i prawne.

²² W. Żukowski (w:) *Sprzedaż...*, op. cit., s. 155.

²³ H. Ciepla (w:) *Komentarz...*, op. cit., s. 201.

5. KATALOG UPRAWNIEŃ PRZYSŁUGUJĄCYCH WIERZycIELOWI (KUPUJĄCEMU, NAJEMCY) Z TYTUŁU RĘKOJMI ZA WADY RZECZY

Na podstawie przepisów statuujących odpowiedzialność z tytułu rękojmi: **przy sprzedaży** (art. 560 k.c.) wierzycielowi przysługują następujące uprawnienia:

- odstąpienie od umowy;
- żądanie obniżenia ceny (alternatywnie z odstąpieniem);
- wymiana rzeczy wadliwej na wolną od wad;
- niezwłoczne usunięcie wady (te dwa ostatnie nazywane są w literaturze kontruprawnieniami sprzedawcy²⁴);

przy najmie (art. 664 § 1 i 2 k.c.):

- żądanie obniżenia czynszu za czas trwania wad;
- wypowiedzenie umowy bez zachowania terminów wypowiedzenia.

6. WADLIWOŚĆ WKŁADU POLEGAJĄCEGO NA PRZENIESIENIU WŁASNOŚCI NA RZECZ SPÓŁKI (ODPOWIEDNIE ZASTOSOWANIE PRZEPISÓW O RĘKOJMI PRZY SPRZEDAŻY)

6.1. Odstąpienie od umowy

W związku z tym, iż zmiana stosunków własnościowych w zakresie przedmiotu wkładu jest następstwem umowy spółki, a czynność wniesienia wkładu nie ma charakteru odrębnej umowy, choćby nienazwanej, odstąpienie dotyczyć będzie umowy spółki. Odstąpienie od umowy spółki na podstawie art. 862 w zw. z art. 560 § 1 k.c. stanowi więc jeszcze jeden, poza wymienionymi w art. 872 i n. k.c. oraz dopuszczalnymi na zasadach ogólnych, sposób rozwiązania spółki. Jednakże w przypadku spółki wieloosobowej, nie zawsze będzie gospodarczo uzasadnione przeprowadzanie procedury likwidacji majątku spółki określonej w art. 875 k.c. li tylko z powodu wykonania prawa odstąpienia w wyniku wniesienia wadliwego wkładu przez jednego ze współników; najczęściej pozostali współnicy będą chcieli kontynuować dotychczasową działalność w składzie pomniejszonym o współnika, który nadużył ich zaufania, wnosząc wkład obciążony wadami. W takiej sytuacji zasadne jest przyjąć, że rozwiązany w wyniku wykonania prawa odstąpienia od umowy stosunek spółki pomiędzy dotychczasowymi współnikami zawiązuje się na nowo pomiędzy pozostałymi współnikami, z wyłączeniem tego, który wniósł wadliwy

²⁴ Tamże.

wkład. Prawo polskie nie zna bowiem konstrukcji wyłączenia wspólnika ze spółki opartej na silnych więzach osobowych, jaką jest między innymi spółka cywilna.

6.1.1. PODMIOT UPRAWNIONY DO WYKONANIA PRAWA ODSTĄPIENIA

Prawo francuskie na gruncie przepisów odnoszących się do wszystkich typów spółek przyjmuje koncepcję odesłania do przepisów o sprzedaży w zakresie regulacji odpowiedzialności w razie wniesienia przez wspólnika do spółki wkładu obciążonego wadami (art. 1843–3 al. 3 C.Civ.: „W razie wniesienia wkładu polegającego na przeniesieniu na spółkę prawa własności rzeczy, wspólnik wnoszący wkład odpowiada wobec spółki jak sprzedawca wobec kupującego”; al. 4: w razie wniesienia rzeczy tylko do używania — wspólnik odpowiada jak najemca). W doktrynie²⁵ regulację tę przybliżono na przykładzie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Odpowiednikiem strony kupującej jest spółka, sprzedawcy zaś — wspólnik wnoszący wadliwy wkład. Spółka nie uiszcza ceny, jedynie oferuje w zamian do objęcia udziały. Jednakże pozbawiona modyfikacji adaptacja takiego rozwiązania na grunt polski nie jest w pełni możliwa, gdyż podmiotowości spółki z o.o. w prawie francuskim jako osoby prawnej (por. art. L210–6 w zw. z art. L210–1 C.Com.) można przeciwstawić odrębną podmiotowość wspólnika. W prawie francuskim wszystkie spółki — tak handlowe, jak i cywilne, mają osobowość prawną²⁶.

W prawie polskim wyodrębnienie tychże „stron” nie jest już takie klarowne ze względu na wyłącznie obligacyjny, niekreujący odrębnego od wspólników podmiotu, charakter spółki cywilnej. W związku z tym, iż wspólnik wnoszący wkład stanowi zarówno odpowiednik strony sprzedającej czy wynajmującej, jak i podmiotowy element odpowiednika zbiorowej strony kupującej czy najemcy, wyłania się problem „umowy z samym sobą”.

Można przyjąć, iż wspólnik wnoszący wkład nie jest w sensie materialnym odpowiednikiem drugiej strony, tj. kupującego czy najemcy, zatem problem dokonania przez wspólnika wnoszącego wkład czynności „z samym sobą” staje się bezprzedmiotowy. W przypadku bowiem wniesienia wkładu polegającego na wniesieniu rzeczy do używania, wspólnik *de facto* ogranicza wykonywanie swego prawa własności wnoszonej rzeczy poprzez ustanowienie na rzecz pozostałych wspólników uprawnienia do współkorzystania z niej; ograniczenie, które nakłada na siebie, polega na rezygnacji z wykonywania praw właścicielskich innych niż korzystanie z rzeczy

²⁵ P. Didier: *Droit commercial*, Paris 1993, s. 456; D. Mróz (w.): D. Mróz, P. Szewdo: *Spółka z o.o. we Francji* (w:) *Polska spółka z o.o. w Unii Europejskiej*, pod red. A. Kidyby, Warszawa 2006, rozdział 3 cz. II pkt 1.3.1, s. 1–2.

²⁶ Por. A. Kozłowska-Szczercba (w:) *Prawo francuskie*, t. 1, pod red. A. Machowskiej i K. Wojtyczka, Zakamycze 2004, s. 276.

(innymi słowy: jej używanie; wspólnik wnoszący wkład współkorzysta z innymi z rzeczy w ramach realizacji przedmiotu działalności spółki). Trudno zatem mówić o tym, iż dokonuje on z samym sobą czynności ustanowienia obligacyjnego prawa do współkorzystania z przedmiotu wkładu przysługującego jemu samemu. W razie przyjęcia takiego założenia, ustanowione przez wspólnika na rzecz jego samego uprawnienie wygasaloby przez *confusio*, co i tak nie pociągałoby zmian w zakresie istnienia prawa wspólnika do używania rzeczy (pozostaje on bowiem jej właścicielem).

Podobnie sytuacja kształtuje się w razie wniesienia wkładu własności rzeczy. Wspólnik jako właściciel rozporządza swoim prawem na rzecz pozostałych wspólników, czyniąc ich, obok samego siebie, współwłaścicielami przedmiotu wkładu na zasadach współwłasności łącznej, bezudziałowej. Trudno mówić, iż sam ustanawia na rzecz siebie prawo współwłasności — które jest przecież prawem własności²⁷ — będąc właścicielem. Wspólnik nie pozbywa się w tym wypadku prawa własności, rozporządzając nim na rzecz pozostałych wspólników oraz samego siebie; trudno przyjąć, iż nabywa on to prawo z powrotem. On jedynie dopuszcza pozostałych jako współwłaścicieli²⁸. Przyjmuje się zatem, że w stosunkach wspólnik — spółka, spółkę należy rozumieć jako pozostałego (przy dwuosobowej) lub pozostałych (przy wieloosobowej) wspólników, z wyłączeniem tego, który wniósł wkład. W związku z tym, wspólnik, do którego kierowane jest oświadczenie w stosunkach wewnętrznych spółki, zawsze przyjmuje charakter podmiotu zewnętrznego²⁹. Powyżej przedstawiona koncepcja zasługuje na aprobatę ze względu na ułatwienie oceny sytuacji prawnej wspólnika będącego adresatem oświadczenia — wyklucza bowiem założenie, iż wspólnik, składając wspomniane oświadczenie, dokonuje czynności z samym sobą.

6.1.2. FORMA I TRYB PODJĘCIA DECYZJI O WYKONANIU PRAWA ODSTĄPIENIA

W pierwszej kolejności należy odpowiedzieć na pytanie, czy decyzja o wykonaniu prawa odstąpienia ma charakter sprawy z zakresu reprezentacji czy prowadzenia spraw spółki. Wyjaśnienie tej kwestii jest podstawowe dla determinacji reżimu prawnego, w świetle którego oceniać się będzie decyzję o odstąpieniu, gdyż obie te kwestie wspólnicy mogą w umowie uregulować odmiennie³⁰. Należy opowiedzieć się za klasyfikacją tej decyzji jako czynność z zakresu prowadzenia spraw spółki, ponieważ jej skutki ingerują zarówno w strukturę majątku spółki, w skład personalny wspólników, a niekiedy przesadzają o dalszej prawnej egzystencji „spółki” — do-

²⁷ S. Rudnicki: *Komentarz...*, op. cit., s. 241.

²⁸ J. Frąckowiak: *Przenoszenie własności i obciążanie nieruchomości w stosunkach pomiędzy spółką cywilną a jej wspólnikiem*, Rejent 1999, nr 2, s. 74.

²⁹ S. Rudnicki: *Inaczej o nieruchomości jako o wkładzie do spółki cywilnej*, Rejent 2001, nr 1.

³⁰ D. Pawłyszcz: *Reprezentacja w spółce cywilnej*, PPH 1997, nr 11.

tyczą więc spraw związanych z realizacją wspólnego celu gospodarczego³¹. Prawne relacje między wspólnikiem wnoszącym wadliwy wkład a pozostałymi mają charakter wewnętrzny; nie dotyczą stosunku „spółki” z osobą trzecią — stąd wykluczenie przyjęcia tezy o reprezentacji. Jakkolwiek wspólnik wnoszący wkład traktowany jest jako podmiot swoiście zewnętrzny wobec pozostałych — przyjąć należy, iż nie jest osobą trzecią w rozumieniu art. 866 k.c., gdyż nadal pozostaje stroną stosunku spółki. Decyzja o wykonaniu prawa odstąpienia, jako ingerująca w strukturę własności majątku spółki, w skład personalny, przesądzająca niekiedy definitywnie o istnieniu spółki, nie jest „zwykłą czynnością spółki w rozumieniu art. 865 § 1 zd. 1 k.c. Zatem, przy „spółce wieloosobowej” (tj. wielostronnej umowie spółki cywilnej) uprawnienie do odstąpienia od umowy nie może zostać wykonane przez któregośkolwiek ze wspólników bez uprzedniej uchwały pozostałych (por. art. 865 § 1 zd. 1 k.c.). Forma uchwały ma więc charakter obligatoryjny; stanowi warunek *sine qua non* wykonania uprawnienia do odstąpienia od umowy. Przesłanki podjęcia ważności uchwały (wymagane kworum oraz większość głosów) określa umowa spółki. Co więcej, oświadczenie o wykonaniu prawa odstąpienia podlega ogólnemu reżimowi związanemu ze składaniem oświadczeń woli; oznacza to, że wywołuje ono skutki z chwilą, gdy doszło do wspólnika będącego jego adresatem w taki sposób, iż mógł się zapoznać z jego treścią (art. 61 k.c.). Z powyższego zatem wynika, że aby wykonanie prawa odstąpienia było skuteczne, wspólnik winien mieć możliwość zapoznania się z treścią przedmiotowej uchwały.

Aprobata tezy, iż wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, jest podmiotem niejako „zewnętrznym” w stosunku do pozostałych, prowadzi konsekwentnie do przyjęcia założenia, iż w przypadku „spółki wieloosobowej” nie bierze on udziału w podejmowaniu decyzji o odstąpieniu od umowy spółki, a co za tym idzie — jego głos nie wlicza się do ogólnej liczby głosów. Jednakże jego obecność ma wpływ na kworum, jeżeli takowe wymagane jest przez umowę spółki dla skuteczności podjęcia uchwały — przyjęcie takiego rozwiązania zakłada ułatwienie podjęcia decyzji przez pozostałych wspólników; ma charakter swoistej sankcji za wniesienie wadliwego wkładu. Z powyższego wynika, iż wspólnik, którego oświadczenie o odstąpieniu dotyczy, nie bierze udziału w jego składaniu. Powstaje pytanie, czy do skutecznego złożenia wspomnianego oświadczenia wystarczy podjęcie samej uchwały pozostałych wspólników, czy też konieczne jest złożenie odrębnego od uchwały oświadczenia o odstąpieniu, skierowanego „na zewnątrz” do wspólnika. Jakkolwiek złożenie oświadczenia o odstąpieniu w wykonaniu uprawnień z tytułu rękojmi za wady wkładu zostało w niniejszym opracowaniu zakwalifikowane jako czynność z zakresu reprezentacji spółki, funkcjonalne wydaje się przyjęcie pierwszego z tych założeń. Uzasadnione jest to dwoma względami. Po pierwsze, wspólnik, jakkolwiek jest podmiotem swoiście „zewnętrznym” wobec spółki w tym konkretnym przypad-

³¹ W. Pyziół (w:) *Prawo spółek...*, op. cit., s. 70.

ku, to jednak brak dostatecznych podstaw do traktowania go jak osobę trzecią. Po drugie, konieczność złożenia tylko jednego oświadczenia jest dla pozostałych współników rozwiązaniem ekonomicznym, a forma uchwały spełnia wymogi formy pisemnej przewidzianej dla wykonania prawa odstąpienia od umowy spółki zawartej w formie aktu notarialnego ze względu na wniesienie nieruchomości tytułem wkładu.

Jeżeli w spółce jest tylko dwóch wspólników — decyzję podejmuje drugi z nich. Należy bowiem przyjąć, iż drugi ze wspólników jest podmiotem „zewnętrznym” wobec tego, z którym zawiązał obligacyjny stosunek spółki.

6.1.3. SKUTKI WYKONANIA PRAWA ODSTĄPIENIA

Wedle dominującego poglądu przyjmuje się, iż w razie odstąpienia umowa ulega zniweczeniu ze skutkiem wstecznym³². W literaturze i orzecznictwie przyjęto³³, że skuteczność odstąpienia uzależniona jest od rzeczywistego zwrotu wadliwej rzeczy. Oznaczałoby to, iż wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, dopóty miałby status wspólnika w spółce, dopóki pozostali wspólnicy, którzy podjęli decyzję o odstąpieniu, nie zwróciliby mu przedmiotu jego wkładu.

Dotychczas ścierały się w orzecznictwie i literaturze dwie koncepcje dotyczące skutków wykonania ustawowego prawa odstąpienia. Pojawił się pogląd, że „odstąpienie przez kupującego od umowy sprzedaży rzeczy ruchomej ze względu na wady (art. 560 § 1 k.c.) powoduje przejście jej własności z powrotem na sprzedającego”³⁴. Uzasadnieniem ma być art. 395 § 2 k.c., zastosowany *per analogiam* i luka w prawie co do prawnorzeczowych skutków odstąpienia od umowy³⁵. Drugi pogląd zakłada, iż nie ma tu, co do zasady, przypadku „automatycznego” zniweczenia skutków rzeczowych, tylko musi być czynność przeniesienia własności z kupującego na sprzedawcę³⁶. Jest to wyrażone roszczeniem uprawnionego o zwrot rzeczy³⁷. Dotyczy to z pewnością nieruchomości. Co do rzeczy ruchomych przyjęto stanowisko Sądu Najwyższego³⁸, że „odstąpienie sprzedawcy na podstawie art. 491 § 1 k.c. od umowy sprzedaży rzeczy ruchomej powoduje przejście jej własności z powrotem na zbywcę”³⁹. Przyjęcie powyższych poglądów oznaczałoby, iż skorzystanie z uprawnienia z tytułu rękojmi do odstąpienia od umowy prowadziłoby do powrotnego przeniesienia własności przedmiotu wkładu na wspólnika, który go

³² Cz. Żuławska (w:) *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 50.

³³ W. Katner (w:) *System prawa cywilnego. Zobowiązania — część szczegółowa*, t. 7, s. 135 i cytowane tam orzecznictwo.

³⁴ Tamże.

³⁵ Tamże.

³⁶ Tamże.

³⁷ Tamże.

³⁸ W. Katner (w:) *System...*, *op. cit.*, s. 135 i cytowane tam orzecznictwo.

³⁹ Tamże.

wniósł, w razie wniesienia rzeczy ruchomej; zaś w przypadku nieruchomości wykonanie prawa odstąpienia rozdziłoby po stronie pozostałych wspólników je wykonujących obowiązek powrotnego przeniesienia jej własności na wspólnika, który ją wniósł tytułem wkładu. W odniesieniu do przedmiotu wkładu żadna z tych koncepcji nie znajdzie zastosowania wprost ze względu na skomplikowane stosunki własnościowe związane z charakterem majątku spółki cywilnej.

Ze względu na trudności z możliwością powrotu do uprzednio istniejących stosunków własnościowych należy przyjąć skutki *ex nunc*. Prawo odstąpienia ma charakter uprawnienia prawnokształtującego⁴⁰. Skutki związane z jego wykonaniem następują z chwilą zaistnienia możliwości zapoznania się wspólnika wnoszącego wadliwy wkład z treścią uchwały obejmującej oświadczenie o odstąpieniu. Następstwem wykonania prawa odstąpienia jest zniesienie stosunku prawnego z mocą wsteczną; przyjmuje się fikcję prawną, jakoby umowa nigdy nie została zawarta. Jednakże przyjęcie koncepcji automatycznego powrotu do uprzednio istniejących stosunków własnościowych w zakresie przedmiotu wadliwego wkładu sprzed zawarcia umowy spółki jest niemożliwe ze względu na konstrukcję wspólności łącznej, którą objęty jest majątek spółki.

Ustanie tego rodzaju wspólności poprzez przekształcenie jej we współwłasność w częściach ułamkowych możliwe jest tylko po ustaniu stosunku, z którego ona wynika — czyli stosunku spółki.

Wykonanie prawa odstąpienia przybiera postać zmiany umowy spółki (jest to niezbędne w związku z tym, iż następuje zmiana składu personalnego w spółce; wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, nie jest objęty już stosunkiem spółki w wyniku wykonania prawa odstąpienia) dokonanej w formie pisemnej *ad probationem* (art. 77 § 2 k.c.) lub w formie aktu notarialnego, jeżeli umowa była zawarta w tejże formie (art. 77 § 3 k.c.; przykładowo: ze względu na to, iż tytułem wkładu została wniesiona własność nieruchomości). Nowe brzmienie umowy nie obejmuje już danych wspólnika, który wniósł wadliwy wkład; zmianie ulega także postanowienie dotyczące przedmiotu i wartości wniesionych wkładów — dane dotyczące wadliwego wkładu zostają z niego wyeliminowane. Umowę podpisują dotychczasowi wspólnicy z wyłączeniem tego, który wniósł wadliwy wkład.

Wspomniana zmiana umowy spółki to akt złożony, w sensie juretycznym stanowiący:

- po pierwsze: zniesienie stosunku spółki pomiędzy wszystkimi dotychczasowymi wspólnikami i przekształcenie obejmującej majątek spółki wspólności łącznej we współwłasność w częściach ułamkowych;
- umowne zniesienie tej współwłasności przez „zwrot” wkładów rozumiany jako powrót do uprzednio istniejących stosunków własnościowych w odniesieniu do ich przedmiotów;

⁴⁰ Tamże.

- zawiązanie nowego stosunku spółki cywilnej między dotychczasowymi współnikami z wyłączeniem tego, który wniósł wadliwy wkład; w związku z tym łączy się to z czynnością ponownego wniesienia wkładów (przez dotychczasowych współników z wyłączeniem tego, który wniósł wadliwy wkład), a co za tym idzie — ponownego objęcia wspólnością łączną przedmiotów dotychczasowych wkładów poza wadliwym; *de facto* mamy tu do czynienia z umownym „przyznaniem” na wyłączną własność przedmiotu wadliwego wkładu byłemu współnikowi, który go wniósł.

W związku z tak dokonany odstępniem powstaje pytanie, w jaki sposób dokonać rozliczeń między byłym współnikiem, który na skutek wykonania prawa odstąpienia znalazł się „poza spółką”, a pozostałymi. Artykuł 560 § 3 k.c. odsyła w tym zakresie do przepisów o odstąpieniu od umowy wzajemnej. Umowa spółki cywilnej nie jest umową wzajemną; jest dwu- lub wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym, nakierowanym na realizację uzgodnionego wspólnego celu gospodarczego. Moim zdaniem, przyjąć jednak należy, że podstawą wspomnianych rozliczeń jest norma art. 862 k.c. w zw. z art. 560 § 2 w zw. z art. 494 k.c.⁴¹; pozostali współnicy (lub współnik), jako „strona, która odstępuje od umowy”, obowiązani są zwrócić współnikowi, który wniósł wadliwy wkład, wszystkie jego wkłady — tak wadliwe, jak i niewadliwe. Mogą żądać od niego naprawienia szkody wynikłej z niewykonania zobowiązania; uprawnienie do żądania zwrotu tego, co oni świadczyli, nie znajduje tu zastosowania, bowiem ich wkłady pozostają w majątku spółki. Trudno także mówić o możliwości „zwrotu” majątkowych uprawnień spółkowych współnikowi, który wniósł wadliwy wkład — gdyż z chwilą ustania stosunku spółki traci on wspomniane uprawnienia.

Pozostałym współnikom nie przysługuje prawo zatrzymania z art. 496 k.c., w związku z tym, że współnik, który wniósł wadliwy wkład, nie zwraca im żadnego swego świadczenia wzajemnego.

6.1.4. OGRANICZENIA W WYKONANIU PRAWA ODSTĄPIENIA

Źródłem ograniczeń w wykonaniu prawa odstąpienia są tzw. kontruprawnienia współnika, który wniósł wkład obciążony wadami. Stosownie do art. 862 k.c. w zw. z art. 560 § 1 k.c., nie można odstąpić od umowy, jeżeli współnik niezwłocznie wymieni rzecz wadliwą na rzecz wolną od wad albo niezwłocznie wady usunie. Ograniczenie to nie ma zastosowania, jeżeli rzecz była już przez współnika wymieniana lub naprawiana, chyba że wady są nieistotne.

⁴¹ Takie rozwiązanie, choć dla współników gospodarczo dogodne, może budzić wątpliwości w związku z obowiązywaniem reguły interpretacyjnej, iż niedopuszczalne jest odesłanie do przepisów już zawierających odesłania.

WYMIANA RZECZY WADLIWYCH NA WOLNE OD WAD

Sygnalizacja zamiaru wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad może wyrazić się w tym, iż współnik zgłasza przeciw podejmowanej uchwale o odstąpieniu, a następnie dostarczy rzeczy wolne od wad. Do realizacji tego kontruprawnienia, tj. do zniesienia wspólności łącznej rzeczy wadliwych i objęcia nią rzeczy wolnych od wad, nie jest konieczna zmiana umowy spółki. W tej sytuacji nie dochodzi bowiem do zmiany przedmiotu wkładu w związku z tym, iż kontruprawnienie to dotyczy rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku; rzeczy wadliwe zastępowane są rzeczami tego samego gatunku wolnymi od wad. Wykonanie tego kontruprawnienia — a co za tym idzie — zniweczenie skutków odstąpienia nie jest uzależnione od zgody drugiej strony (tzn. pozostałych współników). Brak zatem przesłanki uzasadniającej konieczność ingerencji w treść umowy spółki.

Z powyższego wynika zatem wniosek, że realizacja kontruprawnienia zależy wyłącznie od współnika wnoszącego wadliwy wkład.

NIEZWŁOCZNA NAPRAWA RZECZY WADLIWEJ

Dla skutecznej realizacji tego kontruprawnienia konieczna jest wyraźna manifestacja zamiaru naprawy rzeczy wadliwej przez współnika oraz niezwłoczne dokonanie tejże naprawy. W tym zakresie przepis, do którego odsyła art. 862 k.c., ma zastosowanie wprost.

Kontruprawnienie to dotyczy sytuacji, gdy przedmiotem wadliwego wkładu jest rzecz oznaczona co do tożsamości, a sprzedawca jest wytwórcą rzeczy⁴². Rzecz oznaczona co do tożsamości to zarówno rzecz wytwarzana na zamówienie, a więc jedyna w swoim rodzaju, lecz także skonkretyzowana przez określenie jej cech w sposób pozwalający na jej identyfikację od innych⁴³. Każdemu współnikowi przysługuje roszczenie o usunięcie wady rzeczy wobec współnika będącego jej wytwórcą⁴⁴.

OGRANICZENIA ZE WZGLĘDU NA DOSTARCZANIE RZECZY CZĘŚCIAMI

Zgodnie z normą art. 862 k.c. w zw. z art. 562 k.c., jeżeli współnicy porozumieli się, że dostarczenie rzeczy wnoszonych tytułem wkładu będzie odbywać się częściami, a współnik wnoszący wkład mimo żądania pozostałych nie dostarczył zamiast rzeczy wadliwych takiej samej ilości rzeczy wolnych od wad, pozostali

⁴² Tamże.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ Tamże.

wspólnicy mogą od umowy odstąpić także co do części rzeczy, które mają być dostarczone później.

W sytuacji uzgodnionego dostarczenia rzeczy częściami oraz zaistnienia ich wadliwości, treść uchwały podjętej w celu wykonaniu prawa odstąpienia winna precyzować zakres prawa odstąpienia — czy odstąpienie dotyczy całości czy też części przedmiotu wkładu. Różnie bowiem kształtują się skutki tejże uchwały. Przepis art. 562 k.c. dotyczy rzeczy oznaczonych co do gatunku. Zatem stają się one objęte wspólnością łączną dopiero po przeniesieniu ich posiadania na spółkę — czyli po udostępnieniu ich pozostałym wspólnikom w sposób umożliwiający wykonywanie władztwa nad nimi. Zatem, rzeczy, których wspólnik nie dostarczył jeszcze spółce, nie są objęte wspólnością łączną; uchwała o odstąpieniu nie ingeruje zatem w układ dotyczący ich stosunków własnościowych. Uchwała ta ma skutek zwalniający wspólnika z obowiązku wniesienia wkładu reszty rzeczy; wówczas nie niweczy ona stosunku spółki, utrzymuje więc łączącą wspólników w mocy. Prowadzi ona do zmiany treści umowy spółki poprzez zmianę zakresu i wartości przedmiotu wkładu. Jakkolwiek wspólnik wnoszący wadliwy wkład pozostaje nadal w spółce, a uchwała ta ma na celu zmniejszenie zakresu jego zobowiązania, to jednak i w tym wypadku przyjąć należy, iż wspólnik ten nie bierze udziału w głosowaniu nad nią (jeżeli udział ten weźmie, to głos jego nie będzie liczył się do ogólnej liczby głosów, a jego obecność nie będzie miała znaczenia przy ustalaniu kworum). Uprawnienie do wykonania odstąpienia przysługuje bowiem pozostałym wspólnikom jako odpowiedzialnikowi strony kupującej.

Ze względu na to, iż wspomniana zmiana umowy spółki ma stanowić umowne zniesienie współwłasności, wydaje się, że wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, powinien uczestniczyć w jej zawarciu, złożyć oświadczenie o akceptacji jej warunków. Powstaje pytanie, jaką wspomniana zgoda powinna przybrać formę w związku z tym, iż przyjęto, że wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, nie bierze udziału w podejmowaniu uchwały dotyczącej prawa odstąpienia. Moim zdaniem wystarczy wzmianka w uchwale, iż wspólnik godzi się na przyznanie mu na wyłączną własność przedmiotu wniesionego tytułem wkładu lub nawet wzmianka, iż wspólnik ten nie zamierza wykonać tzw. kontruprawnień sprzedawcy, czyli godzi się na wszelkie konsekwencje wykonania przez pozostałych prawa odstąpienia.

OGRANICZENIE ZWIĄZANE Z WADLIWOŚCIĄ TYLKO NIEKTÓRYCH RZECZY

Odpowiednie zastosowanie art. 565 k.c. z mocy odesłania prowadziłoby do konkluzji, że jeżeli spośród rzeczy wniesionych tytułem wkładu tylko niektóre są wadliwe i dają się odłączyć od rzeczy wolnych od wad, bez szkody dla spółki (w literalnym brzmieniu przepisów: „obu stron” — tu rozumianej jako ogół wspól-

ników, czyli odpowiednika zarówno strony kupującej, jak i sprzedającej), uprawnienie pozostałych wspólników ogranicza się do rzeczy wadliwych.

Oznacza to, iż wspólnik, który wniósł wadliwy wkład, pozostaje w spółce; wykonanie prawa odstąpienia sprowadzi się do zmiany umowy spółki w zakresie wartości przedmiotu wkładu oraz odpowiedniego zmniejszenia zakresu prawa do zysku wspólnika wnoszącego wkład.

Możliwe sposoby zmniejszenia prawa do udziału w zysku zostaną wskazane poniżej w związku z omówieniem uprawnienia do żądania obniżenia ceny.

6.2. ŻĄDANIE OBNIŻENIA CENY

Wniesienie wkładu nie jest sprzedażą — brak więc tutaj ceny rozumianej jako wzajemne świadczenie pieniężne, stanowiące wartościowy ekwiwalent przedmiotu świadczenia niepieniężnego; za wniesione wkłady wspólnik uzyskuje udział. Udział obejmuje prawa majątkowe i korporacyjne. Prawa majątkowe wynikające z udziału (prawo do zysku, prawo do nadwyżki po zakończeniu procesu likwidacji spółki), stanowiące materialny refleks wniesienia wkładu, należy potraktować jako ekonomiczny odpowiednik ceny za wniesiony wkład.

Prawo do udziału w zysku wspólnicy określają w umowie, w braku odpowiednich postanowień znajduje zastosowanie dyspozytywna regulacja art. 867 § 1 k.c. stanowiąca o równym prawie do udziału w zyskach wszystkich wspólników. Zmiana zakresu majątkowych uprawnień udziałowych wymaga zmiany umowy spółki. Żądanie jego obniżenia przełoży się na roszczenie wobec wspólnika wnoszącego wadliwy wkład o złożenie oświadczenia woli o treści zmienionej we wspomnianym zakresie umowy. Podjęcie decyzji o uszczupleniu majątkowych praw udziałowych jest czynnością prowadzącą do zmiany umowy spółki, wywierającą wpływ na podstawowe prawa wspólnika. Przyjąć więc należy, iż jest to sprawa przekraczająca zakres zwykłych czynności spółki, dlatego wymaga ona uchwały. Jako swoisty odpowiednik żądania obniżenia ceny można traktować zarówno obniżenie zysku, jak i zwiększenie udziału w stratach. Wybór, czy zmniejszeniu podlega prawo do udziału w zysku czy w masie likwidacyjnej oraz czy udział w stratach zostaje zwiększony, należy do pozostałych wspólników; najczęściej będzie determinowany charakterem i stopniem wady wkładu. Nie ma przeszkód, by wspólnicy doprecyzowali w umowie spółki, w jakiej formie i w jakim stosunku prawo do zysku wspólnika wnoszącego wadliwy wkład zostało uszczuplone. Zmieniona umowa spółki stanowi podstawę wypłaty zmniejszonego zysku lub zwiększonego udziału w stratach. Z chwilą podjęcia stosownej uchwały pozostałym wspólnikom przysługuje względem wspólnika, który wniósł wadliwy wkład, roszczenie o złożenie oświadczenia woli o treści zmienionej umowy spółki. Zgodnie z art. 862 k.c. w zw. z art. 560 § 3 k.c. uszczuplenie majątkowych praw udziałowych wspólnika powinno nastąpić

w takim stosunku, w jakim wartość rzeczy wolnej od wad pozostaje do jej wartości obliczonej z uwzględnieniem istniejących wad. Takie rozwiązanie może pociągać za sobą skutki dwojakiego rodzaju — bądź powodować stosowne zwiększenie udziału w zysku pozostałych wspólników, bądź przy niezmienionym zakresie praw do zysku statuować obowiązek wspólnika, który wniósł wadliwy wkład do uzupełnienia wartości wniesionego wkładu do wysokości umówionej. Drugie z proponowanych rozwiązań wydaje się bardziej trafne. Po pierwsze, jakkolwiek istnieje tożsamość podmiotowa wspólników i spółki ze względu na brak podmiotowości prawnej tej ostatniej, trudno przyjąć, iż zwiększenie udziałów w zysku pozostałych wspólników realizuje funkcję kompensacyjną uprawnienia do żądania obniżenia ceny. Po drugie, zysk dzielony jest bowiem korzyścią każdego ze wspólników z osobna, a nie rekompensatą szkody poniesionej przez spółkę jako funkcjonalną i gospodarczą całość w wyniku wniesienia wadliwego wkładu przez jednego ze wspólników. Wspomniana rekompensata realizuje się przez obowiązek uzupełnienia wartości wniesionego wkładu.

Powstaje także pytanie, czy wniesienie wadliwego wkładu może stanowić przesłankę uszczuplenia praw korporacyjnych wspólnika (przykładowo: definitywne, a nie tylko w tej danej konkretnej sprawie pozbawienie prawa głosu) w ramach wykonania prawa żądania obniżenia ceny przy odpowiednim zastosowaniu art. 560 § 1 k.c. Należy przyjąć, że norma art. 560 § 1 w zw. z art. 862 k.c. nie może stanowić samoistnej podstawy. Można rozważyć możliwość wykonania tego uprawnienia na podstawie postanowień umowy spółki rozszerzających odpowiedzialność z tytułu rękojmi (art. 862 k.c. w zw. z art. 558 § 1 zd. 1 k.c.), jednakże z uwzględnieniem przepisów o dopuszczalności ograniczenia prawa wspólnika do prowadzenia spraw spółki.

6.3. ŻĄDANIE DOSTARCZENIA RZECZY WOLNEJ OD WAD

Uprawnienie to przewidziane zostało przez ustawodawcę w art. 561 k.c. Nie wyłącza ono uprawnienia do odstąpienia od umowy ani do żądania obniżenia ceny (art. 561 § 3 k.c.).

Zgodnie z art. 862 k.c. w zw. z 561 § 1 k.c., jeżeli przedmiotem wkładu są rzeczy oznaczone co do gatunku, pozostali wspólnicy mogą żądać od wnoszącego wkład dostarczenia zamiast wkładu wadliwego (który zwracają) takiego samego rodzaju rzecz niewadliwą, fabrycznie nową⁴⁵. W tej sytuacji zmiana brzmienia umowy spółki nie jest konieczna; w związku z tym, iż rzeczy oznaczone co do gatunku są zastępowalne innymi takimi samymi, postanowienie o zobowiązaniu do wniesienia danego wkładu nie ulega zmianie. Jednakże sama czynność wymiany w sensie jurydycznym to:

⁴⁵ Cz. Żuławska: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 58.

- rozwiązanie stosunku spółki w drodze *contrarius actus*;
- zniesienie współwłasności przedmiotów wkładów; przyznanie współnikowi, który wniósł wadliwy wkład, jego przedmiotu na wyłączną własność;
- zawarcie nowego stosunku spółki i objęcie wspólnością łączną przedmiotów dotychczasowych wkładów oraz nowo dostarczonych wymienionych przedmiotów oznaczonych co do gatunku.

Decyzja o żądaniu wymiany rzeczy stanowi niewątpliwie czynność przekraczającą zakres zwykłych czynności spółki — mimo iż nie ingeruje tak dalece w strukturę majątku spółki. Konieczna jest dla niej forma uchwały; uchwała ta nie ma jednak skutku zmiany brzmienia umowy spółki.

Ten swoiście rozumiany proces zmiany zakresu przedmiotowego obowiązywania umowy spółki dokonany w sposób konkludentny poprzez czynność wymiany rzeczy wadliwej na wolną od wad nie spełnia przesłanek ważności ani zmiany, ani rozwiązania i ponownego zawarcia umowy zawartej w formie szczególnej, w sytuacji gdy umowę spółki zawarto w takiej formie. Moim zdaniem, ze względu na ułatwienie współnikom wykonania tego uprawnienia, można tu dopuścić funkcjonalną wykładnię *contra legem* art. 77 § 1 k.c. w zw. z § 3 k.c.

Jeżeli przedmiotem wkładu była rzecz oznaczona co do tożsamości, a współnik, który ją wniósł, jej wytwórcą, w przypadku wady, pozostałym współnikom przysługuje uprawnienie do wyznaczenia terminu usunięcia wady, z zagrożeniem wykonania prawa odstąpienia. Decyzja o wyznaczeniu terminu usunięcia wady — jako dotycząca struktury majątku spółki, przekracza zakres zwykłych czynności spółki; ustalenie tego terminu powinno nastąpić wspólnie w formie uchwały. Wspólnik może odmówić usunięcia wady, gdyby wymagało to nadmiernych kosztów (art. 561 § 2 zd. 2 k.c.).

Nasuwa się pytanie, czy zakresem odpowiedniego stosowania z art. 862 k.c. objęte są terminy prekluzyjne wskazane w art. 563 k.c., ograniczające wykonanie uprawnień z rękojmi ze względu na inną funkcję umowy sprzedaży, a inną umowy spółki. Wydawałoby się, iż w związku z tak doniosłą rolą wkładów w realizacji wspólnego celu uprawnienia z rękojmi nie powinny być ograniczone terminem ani wygasać. Jednakże literalne brzmienie art. 563 § 2 k.c. skłania do wniosków odmiennych; norma art. 862 k.c. w zw. art. 563 § 2 k.c. stanowi, że przy sprzedaży pomiędzy osobami prowadzącymi działalność gospodarczą utrata uprawnień z rękojmi następuje, jeżeli pozostali współnicy nie zbadali rzeczy w czasie i w sposób przyjęty przy rzeczach tego rodzaju i nie zawiadomili niezwłocznie współnika wnoszącego wkład o dostrzeżonej wadzie, a gdy wada wyszła na jaw dopiero później — nie zawiadomili współnika niezwłocznie po jej wykryciu. Ocena dokonania aktów staranności powinna uwzględniać fakt, iż od współników, będących przedsiębiorcami, jako podmiotów profesjonalnych, można wymagać podwyższonego miernika staranności.

7. WADLIWOŚĆ WKŁADU POLEGAJĄCEGO NA WNIESIENIU RZECZY DO SPÓŁKI TYLKO DO UŻYWANIA (ODPOWIEDNIE STOSOWANIE PRZEPISÓW O RĘKOJMI PRZY NAJMIE)

Uprawnienia z tytułu rękojmi za wady wkładu wniesionego jedynie do używania precyzuje norma art. 862 k.c. w zw. z art. 664 k.c. Są to:

- żądanie obniżenia czynszu na czas trwania wad;
- wypowiedzenie umowy spółki bez zachowania terminu.

7.1. ŻĄDANIE OBNIŻENIA CZYNSZU ZA CZAS TRWANIA WAD

Uprawnienie to przysługuje wspólnikom, jeżeli przedmiot wkładu wniesiony jedynie do używania ma wady, które ograniczają jego przydatność do umówionego użytku (art. 664 § 1 k.c.). W zakresie formy wykonania, treści i skutków tego uprawnienia, zastosowanie znajdują rozważania dotyczące żądania obniżenia ceny. Oznacza to, iż obniżeniu podlegać będzie zakres prawa do udziału wspólnika w zysku; żądanie jego obniżenia przełoży się na roszczenie wobec wspólnika wnoszącego wadliwy wkład o złożenie oświadczenia woli o treści zmienionej we wspomnianym zakresie umowy. Podjęcie decyzji o uszczupleniu majątkowych praw udziałowych jest czynnością prowadzącą do zmiany umowy spółki, wywierającą wpływ na podstawowe prawa wspólnika. Przyjąć więc należy, iż jest to sprawa przekraczająca zakres zwykłych czynności spółki, dlatego wymaga ona uchwały. Jako swoisty odpowiednik żądania obniżenia czynszu można traktować zarówno obniżenie zysku, jak i zwiększenie udziału w stratach. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania przedstawione w pkt 6.2.

7.2. WYPOWIEDZENIE UMOWY

Wypowiedzenia umowy nie należy utożsamiać z wypowiedzeniem udziału na gruncie art. 869 k.c.; wypowiedzenie umowy, podobnie jak odstąpienie w ramach rękojmi przy wniesieniu tytułem wkładu własności rzeczy, to jeszcze jeden sposób rozwiązania *ex nunc* stosunku spółki. Przesłanki wypowiedzenia określa norma art. 862 k.c. w zw. z art. 664 § 2 k.c. Wypowiedzenie dopuszczalne jest w sytuacji, gdy:

- w chwili fizycznego udostępnienia spółce rzeczy wniesionej do używania ma ona wady, które uniemożliwiają używanie rzeczy zmierzające do realizacji wspólnego celu gospodarczego;

- jeżeli wady takie powstały później, a współnik wnoszący rzecz do używania nie usunął ich w czasie odpowiednim;
- jeżeli wady usunąć się nie dadzą.

W zakresie wykonania i skutków wypowiedzenia aktualne są rozważania dotyczące odstąpienia w ramach rękojmi przy wniesieniu tytułem wkładu własności rzeczy z tą tylko różnicą, iż zmiana umowy spółki nie stanowi zniesienia współwłasności, lecz jedynie pozbawienie spółkę prawa do korzystania z rzeczy wniesionej uprzednio do używania i „odciążenie” własności współnika z prawa obligacyjnego.

PODSUMOWANIE

Odpowiednie stosowanie przepisów o rękojmi przy sprzedaży i najmie w przypadku wad fizycznych i prawnych wniesionych wkładów, a co za tym idzie — ustalenie zakresu odpowiedzialności współnika za wniesienie wadliwego wkładu, wymaga w ogromnym stopniu uwzględnienia specyfiki konstrukcji spółki. Przepisy, do których odsyła art. 862 k.c., rzadko kiedy znajdują zastosowanie wprost. Wspomniana wykładnia funkcjonalna prowadzi do przyznania spółce pełnego katalogu uprawnień, jakie przysługują z tytułu rękojmi za wady rzeczy sprzedanej bądź najętej. Uzasadnione to jest nie tylko takimi czynnikami jak: podobieństwo umowy spółki do umowy wzajemnej w kontekście czynności wniesienia wkładów, ochroną zaufania między współnikami czy koniecznością zapewnienia efektywnych sankcji na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania do wniesienia wkładu jako głównego zobowiązania w stosunku spółki, ale przede wszystkim funkcją regulacji dotyczącej rękojmi, czyli optymalizacją ochrony nabywcy.

Można dopuścić bardziej restryktywną wykładnię normy art. 862 k.c., jaką prezentują autorzy cytowani w tekście — odmawiająca spółce praktycznie większości uprawnień z tytułu rękojmi ze względu na to, iż ich przyznanie spółce nie mieści się w zakresie niezbędnej adaptacji związanej z odpowiednim stosowaniem przepisów. W świetle tych poglądów spółce nie przysługują uprawnienia do: żądania obniżenia ceny ani odstąpienia od umowy — jedynie żądanie dostarczenia rzeczy wolnych od wad albo usunięcia wady. Taka wykładnia wydaje się jednak zbyt wąska, niewystarczająca, w zbyt małym stopniu zapewniająca ochronę prawidłowości wykonania zobowiązania do wniesienia wkładów.

Nie ulega wątpliwości, iż bogactwo możliwości interpretacyjnych i argumentacyjnych czynią z normy art. 862 k.c. wyjątkowo interesujące pole badawcze. Rozwiązania zaproponowane w niniejszym opracowaniu mają charakter pewnego pomysłu; celem opracowania jest zaproszenie do dyskusji związanej z tym dotychczas bardzo wąsko opracowanym w doktrynie tematem.

URSZULA WALCZAK*

GENEZA PROBLEMU W PRAWIE EUROPEJSKIM I POJĘCIE SZKODY NIEMAJĄTKOWEJ

WSTĘP

Pomysł opracowania i uzasadnienia postulatu poszerzenia normatywnego zakresu odpowiedzialności kontraktowej w prawie polskim ma swoje źródło w postępującym procesie ujednolicania krajowych porządków prawnych państw—członków Wspólnoty Europejskiej — procesie przebiegającym na poziomie tworzenia norm wspólnych, lecz w pierwszej kolejności, być może paradoksalnie, ich stosowania. Dopiero bowiem funkcjonowanie określonej regulacji i to funkcjonowanie wadliwe pozwala na formułowanie potrzeb legislacyjnych na podstawie ich leksykalnego i ekonomicznego uzasadnienia.

W związku z sektorowym podejściem do harmonizacji prawa i licznymi różnicami pomiędzy poszczególnymi porządkami prawnymi¹ coraz częściej pojawiają się problemy z jednolitym stosowaniem prawa wspólnotowego. Przyczyną takiego stanu rzeczy są nie tylko kwestie leksykalne, lecz również pewne „przyzwyczajenia” orzecznicze (nie zawsze znajdujące językowe uzasadnienie, stymulowane ogólną organizacją społeczno—ekonomiczną danego państwa) i rozrastająca się sfera działań poddawana reglamentacji prawa wspólnotowego.

Wśród wielu prezentowanych przez Komisję Europejską propozycji rozwiązań, odnajdujemy postulaty zarówno zupełnie zachowawcze, jak i niezwykle śmiały projekt

Artykuł zrecenzowany przez dr Iwonę Karasek (Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego).

* Niniejsza publikacja stanowi pierwszą część pracy magisterskiej na temat kompensaty szkody niemajątkowej wynikłej z naruszenia zobowiązania. Autorka, absolwentka prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim, jest obecnie asystentem w Katedrze Prawa na Uniwersytecie Ekonomicznym w Krakowie.

¹ Zob. M. Boszko: *Plan działania Komisji Europejskiej w zakresie europejskiego prawa umów*, Transformacje Prawa Prywatnego (dalej: TPP) 2006, nr 1.

stworzenia nowego normatywnego instrumentu konsolidowania prawa o charakterze kompleksowym². Ów „instrument opcjonalny”³, ponadsektorowy, oparty na Wspólnym Systemie Odniesień⁴, stałby się formą wiążącej regulacji obowiązującej równolegle do krajowych porządków prawnych⁵. Takim systemem rozwiązania problemu wspomnianych wyżej niejednoznaczności byłyby na pewno Europejski Kodeks Cywilny⁶.

Na rezultaty prac zarówno nad „instrumentem opcjonalnym”, jak i jego zasadniczym fundamentem w postaci wspólnego systemu odniesień będziemy musieli zapewne jeszcze długo czekać⁷. Wątpliwości rodzi wciąż pytanie, czy Wspólnota „dojrzała” do stanowienia prawa w tak szerokim i generalnym zakresie⁸? Tymczasem aktualne obecnie, sektorowe podejście do problemu harmonizacji oraz autorytatywna działalność Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zmuszają do weryfikacji zastanych, tradycyjnych rozwiązań krajowych porządków prawnych — przynajmniej w zakresie wybranych działów gospodarki. Konieczność zmian determinowana jest względami prawnymi w sposób wtórny. Podstawowym stymulatorem w omawianym zakresie są bowiem dynamiczne przemiany społeczno-gospodarcze i wzrastająca potrzeba ochrony dóbr, które dotychczas zdawały się na ochronę prawną nie zasługiwać.

W niniejszej pracy przedstawiony zostanie wycinek omówionego wyżej procesu i jego ewentualne konsekwencje. Problem szkody niemajątkowej powoli odrywa się od swoich deliktowych korzeni. O ile odpowiedzialność w ogóle za tego rodzaju uszczerbki jest sprawą tradycyjnie znaną i akceptowaną (w zróżnicowanym,

² Komunikat — *Spójniejsze europejskie prawo umów — Plan działania* (Dz.U. UE z 15 marca 2003 r., C 63, s. 1).

³ „(...) non — sector — specific — measures as an optional instrument”.

⁴ *Common Frame of Reference*, zbiór podstawowych definicji, pojęć, terminów abstrakcyjnych, elementarnych zasad pozwalający na unikanie wewnętrznych sprzeczności i posiadający określoną moc prawną. Zob. M. Hesslerink: *The European Commission Action Plan: Towards a More Coherent European Contract Law?*, *European Review of Private Law* 2004, vol. 4, s. 397–419.

⁵ Nie ustalono, jaką formę przybrałaby regulacja — umowy międzynarodowej, rozporządzenia, dyrektywy czy zalecenia. Należy stanowczo podkreślić, że z pewnością wiele państw nie wyraziłoby zgody na zastąpienie nim regulacji krajowej. Pozostawienie stronom umowy swobody wyboru: regulacja europejska czy dotychczasowa, stawia być może w opinii wielu pod znakiem zapytania sens tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego w ogóle. Ostatecznie jednak koncepcja równoległego obowiązywania „instrumentu opcjonalnego” metodą *opt-in* spotyka się z dużą aprobatą doktryny. Podkreśla się, że celem harmonizacji jest usunięcie głównych różnic, tych, które mogą stanowić legislacyjną „pułapkę”, zwłaszcza prowadzących do nierówności kontraktowej stron. Nie jest konieczny z pewnością efekt pełnej jednolitości prawa. Zob. H. Beale: *The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law*, *Iuridica International* 2005, t. X, s. 15–16.

⁶ M. Boszko: *Plan działania...*, *op. cit.*, s. 16.

⁷ W związku z dyskusją nad celem tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego warto podkreślić, że podczas gdy dla jednych potrzeba generalnej, wspólnej regulacji na dużym stopniu ogólności jest oczywista, pojawiają się całkiem liczne głosy jej przeciwników. Zob. H. Beale: *The Development...*, *op. cit.*, s. 5. Autor wykazuje, jak trudnym zadaniem okaże się oddzielanie wyników prac nad wspólnym systemem odniesień i Europejskim Kodeksem Cywilnym od wpływów politycznych. Praca legislatorów może zostać bowiem zmarnotrawiona nagłymi i nieprzemyślanymi posunięciami o politycznym charakterze.

⁸ R. Mańko: *Europejski Kodeks Cywilny — stan prac nad projektem i perspektywy dalszego rozwoju*, *Studia Iuridica* 2004, t. XLIII, s. 153. Niewyjaśnione pozostają wątpliwości dotyczące zarówno poziomu legislacyjnego pracy nad kodeksem, reprezentacji poszczególnych państw w ramach Grupy Studyjnej, stopnia szczegółowości regulacji czy też samej metody tworzenia Europejskiego Kodeksu Cywilnego. Formuluje je J. Pisuliński: *Kilka pytań o Europejski Kodeks Cywilny*, *TPP* 2006, nr 2, s. 99 i n.

rzecz jasna, zakresie), o tyle, przynajmniej dla wcale niemałej grupy państw, w tym również Polski, wprowadzenie odpowiedzialności kontraktowej za szkodę niemajątkową okazuje się prawdziwą legislacyjną rewolucją (a co za tym idzie również szczególnie trudnym wyzwaniem orzecznictwem).

W dalszych rozważaniach przeprowadzona zostanie analiza ogólnego pojęcia szkody niemajątkowej w kontekście prawnoporównawczym ze szczególnym uwzględnieniem prawa polskiego. Dodać wypada, że szczególnym bogactwem w omawianym zakresie cieszy się system anglosaski, dlatego najczęściej przywoływany okaże się właśnie przykład *common law*. Badanie znaczenia językowego i ekonomicznego szkody celem przygotowania materiału do dalszego komentarza zostało oparte na metodzie analizy lingwistycznej. Z kolei prezentacja procesu „europeizacji” zasad odpowiedzialności za szkodę niemajątkową w konsekwencji prowadzi do próby argumentacji postulatu następującej treści:

Nagłą potrzebą polskiego ustawodawstwa w zakresie odpowiedzialności kontraktowej jest poszerzenie obowiązku odszkodowawczego dłużnika o szkodę niemajątkową i nie istnieją aktualnie istotne przeciwwskazania ku proponowanej zmianie.

Definiowanie szkody jako takiej ma sens o tyle, że dzięki wynikom takich zabiegów jesteśmy w stanie krytycznie ocenić normę kreującą odpowiedzialność. Stąd na przykład zwiększenie częstotliwości powstawania szkód określonego rodzaju powinno być asumptem do weryfikacji reguł odpowiedzialności.

Konstruowanie wniosków *de lege ferenda* wymaga także szczegółowej analizy pojęciowej w możliwie luźnym związku z konkretnym krajowym porządkiem prawnym, stąd wszelkie formułowane w pracy definicje mają, przynajmniej z założenia, charakter uniwersalny, uwzględniający dorobek doktryny i orzecznictwa różnych systemów prawnych (zarówno kontynentalnych, jak i *common law*). Owo silne zróżnicowanie systemowe czyni koniecznym położenie szczególnie mocnego akcentu także na aspekcie praktyki sądowej. Wreszcie — proces harmonizacji porządków prawnych państw Wspólnoty Europejskiej wypracował własne mechanizmy i kryteria wykładni, stanowiące zhierarchizowane i swoiste *novum* interpretacyjne. Stąd konieczność uwzględnienia specyfiki działań legislacyjnych organów Unii towarzyszyła prowadzonym rozważaniom zawsze, ilekroć mowa jest o potrzebie „ujednolicania i harmonizacji” prawa.

1. „EUROPEIZACJA” ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA SZKODĘ NIEMAJĄTKOWĄ I JEJ WPŁYW NA PRAWO POLSKIE

Racjonalizacja potrzeby poszerzenia zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej dłużnika kontraktowego na uszczerbki o charakterze niemajątkowym wynika nie tylko z samego faktu głębokiego zróżnicowania w podejściu do niniejszego

problemu poszczególnych porządków prawnych czy stąd, że niektóre ustawodawstwa krajowe taką odpowiedzialność przewidują. Bezpośrednią przyczyną i silnym bodźcem do podjęcia tego rodzaju rozważań było *de facto* uzasadnienie jednostkowego rozstrzygnięcia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Leitner v. TUI⁹.

Dalej, należy równocześnie zauważyć pewne zdecydowane posunięcia legislacyjne na płaszczyźnie regulacji *soft law* — prawo wierzyciela do wynagrodzenia szkody niemajątkowej wynikłej z niewykonania zobowiązania przewiduje, jako zasadę, zarówno art. 7.4.2 pkt 2 zasad UNIDROIT, jak i art. 9:501 ust. 2 Zasad Europejskiego Prawa Kontraktowego¹⁰.

Wyrok w sprawie Leitner został wydany na potrzeby konkretnej sytuacji faktycznej, wskazuje jednak przede wszystkim konieczność generalnego uwzględniania rezultatów wykładni pojęcia szkody i zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w stosunku obligacyjnym dla całej kategorii stosunków objętych zakresem norm implementujących dyrektywę Rady z dnia 13 czerwca 1990 r. w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek¹¹. Wreszcie, przypadek Leitner, umieszczony w kontekście wspomnianych tendencji legislacyjnych *soft law*, pozwala zastanowić się nad pytaniem: czy istnieje jakieś rozsądne funkcjonalne uzasadnienie ograniczania odpowiedzialności dłużnika za szkodę niemajątkową jedynie do tzw. umów o imprezę turystyczną?

Treść orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczących wykładni przepisów wspólnotowych zachęca, z reguły na skutek gwałtownej i formalnie wiążącej uniwersalizacji pojęć prawnych, do konstruowania pewnych wniosków *de lege ferenda*. Nagła próba nadania pojęciom jednolitych znaczeń¹² leży często w rażącej sprzeczności z rozwiązaniami krajowych porządków prawnych. Nie powinien dziwić fakt, że rozstrzygnięcie konkretnego przypadku bywa niekiedy postulatem do analizy możliwości jego generalnego uwzględnienia — wobec kontynentalnej niechęci do kazuistyki możliwość taka jest szczególnie kusząca. Warto nadmienić, że merytoryczna zawartość orzeczeń z uwagi na ich harmonizującą funkcję wymyka się często ocenom słusznościowym.

Przystąpienie Polski do Wspólnoty Europejskiej stworzyło obowiązek stosowania wewnętrznego porządku prawnego do międzynarodowych wymogów oraz konieczność stosowania i implementacji tzw. źródeł pochodnego prawa europejskiego. Wiążące są również rezultaty wykładni Europejskiego Trybunału Sprawiedli-

⁹ ETS C-168/00, ECR 2002, s. I-2631 i n.

¹⁰ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę związaną z niewykonaniem zobowiązania*, Przegląd Sądowy 2006, nr 5, s. 24 oraz Ch. von Baar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht*, Teile II, München 2002, s. 529. Zob. także H. Beale, O. Lando: *Principles of European Contract Law*, Part II, Kluwer International The Hague-London-Boston 2000, s. 434 i n.

¹¹ Dz.Urz. L 158, 23.06.1990, s. 0059-0064, dalej: dyrektywa.

¹² Jak się jednak okazuje, znaczenie pojęcia szkody, którego gruntowną analizę przeprowadzono w toku postępowania w sprawie z powództwa Simone Leitner, ma właściwie jednakowe znaczenie we wszystkich reprezentatywnych europejskich porządkach prawnych. Zob. pkt 2.

wości dotyczącej aktów przyjętych przez instytucje Wspólnoty¹³. Stąd, orzeczenie Leitner wywarło bezpośredni skutek także w stosunku do polskiej implementacji dyrektywy¹⁴. Nie trzeba już chyba nadmienić, jaką rewolucją okazała się nieodzowność przyjęcia tak szerokiego zakresu odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej; rewolucją zaakceptowaną bez głośnego echa, o tyle spokojnie, że dotyczącą wąskiej grupy stosunków obligacyjnych.

Zasady UNIDROIT i Zasady Europejskiego Prawa Kontraktowego nie są wiążącym prawem międzynarodowym. Celem tworzenia regulacji *soft law* jest zaproponowanie modelowej regulacji na potrzeby legislacji wewnętrznych i międzynarodowych, mają zatem być źródłem inspiracji dla sądów i ustawodawstw¹⁵. Ta twórcza funkcja nie powinna być bagatelizowana również z punktu widzenia krajowego porządku prawnego. Normy *soft law* mają charakter uniwersalny, ekspercki i są ukierunkowane prospektywnie, dlatego właśnie stanowią doskonały materiał wzorcowy wobec potrzeb ewentualnych nowelizacji.

Wreszcie, uwzględniając dynamikę zmian gospodarczych, politycznych i społecznych, przynajmniej w przypadku pewnej grupy stosunków, utrzymywanie niezmiennych postaci prawnych mechanizmów regulujących czy wykładni zgodnej z wolą prawodawcy historycznego przypomina nonsensowną walkę o realizację postulatów aktualnie pozbawionych ich pierwotnej funkcji.

1.1. PRZEJAWY PROCESU „EUROPEIZACJI”

1.1.1. *SOFT LAW*

Obydwa wspomniane wcześniej uregulowania (PECL, UNIDROIT) mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy strony poddadzą umowę ich regulacji, stąd nie posiadają waloru samodzielnej mocy wiążącej¹⁶. Tworzenie prawa modelowego było rezultatem postępującej integracji gospodarczej i prawnej państw członkowskich Unii Europejskiej i potrzeb międzynarodowego obrotu handlowego¹⁷. Dowolność wyboru reżimu prawnego wynikająca z braku mocy wiążącej aktów *soft law* nie może oczywiście prowadzić do ich całkowitego ignorowania pod względem analiz naukowych. Przeciwnie — pogłębione rozważania w tym zakresie okazują się osta-

¹³ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne za „zmarowany urlop” podczas wycieczki turystycznej*, Państwo i Prawo 2002, z. 10, s. 77.

¹⁴ Postanowienia dyrektywy zostały wprowadzone do polskiego porządku prawnego poprzez odpowiednią nowelizację ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268 ze zm.).

¹⁵ R. Trzaskowski: *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353¹ k.c.*, Zakamycze 2005, s. 153 i n.

¹⁶ R. Trzaskowski: *Granice...*, op. cit., s. 153.

¹⁷ M. Romanowski: *Ogólne reguły wykładni kontraktów w świetle zasad europejskiego prawa kontraktów a reguły wykładni umów w prawie polskim*, Przegląd Prawa Handlowego 2004, nr 8.

teczenie niezwykle użyteczne. Adaptację mozaiki rozwiązań ułatwia fakt, że na przykład Zasady Europejskiego Prawa Umów stanowią syntezę dorobku europejskiej doktryny prawa, prawa kształtującego się w podobnych uwarunkowaniach społecznych, kulturowych i etycznych¹⁸.

Słuszny jest zatem postulat szerokiego uwzględnienia rezultatów działań UNIDROIT i Komisji do spraw Europejskiego Prawa Kontraktów w pracach nad reformą polskiego prawa cywilnego¹⁹. Wspólne doświadczenia są z pewnością czynnikiem w znacznym stopniu ułatwiającym w konsekwencji harmonizację prawa umów w skali europejskiej.

Zasady Europejskiego Prawa Umów statuują prawo strony poszkodowanej do pełnej rekompensaty, przy czym może obejmować ona także uszczerbek niemajątkowy²⁰. Niemalże w identyczny sposób problem szkody niemajątkowej regulują Zasady UNIDROIT²¹. Twórcy PECL tłumaczą, na czym może polegać kontraktowa szkoda niemajątkowa; jest to: ból, niewygodą, cierpienie, uczucie zawiedzenia. Jednocześnie podkreślają oni, że niezwykle zróżnicowane zasady odpowiedzialności dłużnika za szkodę niemajątkową w poszczególnych systemach prawnych wykazują ostatecznie tendencję do uwzględniania tego rodzaju uszczerbku²².

O ile nie dziwi szczególnie fakt umieszczenia prawa do rekompensaty szkody niemajątkowej wśród *Lando Principles*²³, o tyle śmiałym zabiegiem było wprowadzenie tego rodzaju roszczenia do stosunków o charakterze profesjonalnym, tylko te bowiem podlegają regulacji Zasad UNIDROIT. Wydaje się z pozoru, że prawo podmiotów prowadzących działalność gospodarczą do niektórych ich interesów niemajątkowych nie zasługuje na ochronę, jeżeli wymyka się reżimowi ochrony bezwzględnej na zasadach ogólnych (jak na przykład dobra osobiste czy prawa autorskie i wynalazcze).

Uszczerbek niemajątkowy będący rezultatem niewykonania zobowiązania korzysta z zasady pełnej rekompensaty. Profesjonalny charakter stosunku obligacyjnego nie wyklucza możliwości powstania takiej szkody, jednak jej specyfika wymaga, by środki rekompensujące nie były ograniczone jedynie do odszkodowania pieniężnego. Wybór środka powinien warunkować przede wszystkim fakt, która metoda zrealizuje w możliwie najpełniejszy sposób zasadę całkowitej rekompensaty²⁴.

¹⁸ O. Lando: *Principles of European Contract Law*, <http://www.kcl.ac.uk/law/english/sympo/EUDialogue/lando.htm>.

¹⁹ Tamże.

²⁰ Art. 9:501: „The loss for which damages are recoverable includes: non pecuniary loss (...)”.

²¹ Art. 7.4.2: „The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of non-performance. (...) Such harm may be non pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress”.

²² O. Lando, H. Beale: *Principles...*, *op. cit.*, s. 437.

²³ Tak potocznie nazywa się Zasady Europejskiego Prawa Umów — od nazwiska głównego ich twórcy, profesora Ole Lando.

²⁴ Komentarz do Zasad Międzynarodowych Kontraktów Handlowych, <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/2004/study/50/s-50-98-e.pdf>.

Uwzględnienie prawa do naprawienia kontraktowych uszczerbków niemajątkowych w aktach o charakterze międzynarodowym ma na celu wyznaczenie postulowanego kierunku harmonizacji, wychodzi tym samym naprzeciw potrzebom rynku. Jest to jednocześnie jasny sygnał, że istnienie tego rodzaju roszczenia wynika z analizy dorobku poszczególnych porządków prawnych i winno mieć charakter uniwersalny. Dobra, jakie dotychczas nie zasługiwały na ochronę, w chwili obecnej bądź w niedalekiej przyszłości mogą okazać się przedmiotową bazą ochrony wierzącego, przynajmniej dla pewnej grupy stosunków prawnych. Już aktualnie Zasady UNIDROIT służyły jako model w procesie tworzenia nowych kodeksów cywilnych Estonii, Litwy²⁵, Węgier, miały istotny wpływ na reformę niemieckiego prawa zobowiązań, kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej²⁶ i treść projektów harmonizacji prawa umów państw grupy ECO²⁷. Wreszcie, spotkały się z zasadniczo aprobującym stanowiskiem doktryny.

1.1.2. ORZECZENIE W SPRAWIE LEITNER

Pytanie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości podniesione przez Sąd Krajowy w Linzu²⁸ w kwestii wykładni art. 5 dyrektywy 90/314/EEC zrodziło się w następujących okolicznościach:

Simone Leitner, powódka, podczas pobytu na zorganizowanych przez TUI wakacjach w Turcji zakaziła się wirusem salmonelli na skutek spożycia serwowanego w hotelu posiłku. Choroba trwała przez cały okres wypoczynku i właśnie utrata przyjemności wypoczynku (wraz z nią pewne koszty związane z koniecznością podjęcia leczenia) skłoniła rodziców poszkodowanej do wystąpienia w jej imieniu z żądaniem odszkodowania z uwzględnieniem dolegliwości o charakterze niemajątkowym. Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo w części opiewającej na 12 000 szylingów, które miały rekompensować ową szkodę niemajątkową w postaci utraty oczekiwanej przyjemności wypoczynku (*non-material damage*). Uzasadnieniem rozstrzygnięcia był brak wyraźnej podstawy prawnej tego rodzaju roszczenia w prawie austriackim²⁹. Wątpliwości sądu drugiej instancji wzbudziła treść art. 5

²⁵ Zob. V. Mikelenas: *Unification and Harmonisation of Law at the Turn of the Millennium: the Lithuanian Experience*, *Uniform Law Review/Revue de droit uniforme* 2000, s. 243.

²⁶ Niektóre postanowienia UNIDROIT zostały przepisane niemal dosłownie.

²⁷ M.J. Bonell: *UNIDROIT Principles 2004 — The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, <http://www.unidroit.org/english/publications/rewiev/articles/2004-1-bonell.pdf>, Rev. dr. unif., 2004–15.

²⁸ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł w trybie prejudycjalnym, na podstawie kompetencji wywiedzionej z art. 234 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską.

²⁹ Prawo austriackie przewiduje odpowiedzialność za szkodę niemajątkową jedynie w sytuacji, gdy norma prawa wyraźnie kreuje roszczenie odszkodowawcze (tak jest np. w przypadku zadośćuczynienia pieniężnego za krzywdę — §1325 ABGB — *Schmerzensgeld*), przepisy implementujące dyrektywę 90/314 nie dawały w ocenie sądu podstaw do zasądzenia odszkodowania.

dyrektywy 90/314, operującego niezdefiniowanym zakresowo pojęciem szkody, co wobec niejednorodnej pojemności normatywnej na gruncie różnych porządków prawnych przysparza trudności interpretacyjnych w związku z koniecznością dokonywania jednolitej wykładni. Korzystając z traktatowej kompetencji Trybunału, sąd krajowy sformułował zapytanie następującej treści:

„Czy art. 5 dyrektywy 90/314/EEC w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek winien być wykładany w ten sposób, że pojęciem szkody należy obejmować także uszczerbek niemajątkowy w postaci utraty przyjemności wypoczynku?”

Trybunał opowiedział się zdecydowanie za szerokim rozumieniem pojęcia szkody³⁰ na gruncie dyrektywy 90/314/EEC. Konstatacja, że art. 5 przyznaje konsumentowi prawo do żądania odszkodowania za uszczerbek niematerialny, znalazła również poparcie w opinii rzecznika generalnego A. Tizzano, stanowiskach Komisji i rządu Belgii. Przeciwko takiej interpretacji wypowiedziały się rządy Austrii, Francji oraz Finlandii. Szczególnie warta uwagi jest obszerna argumentacja rzecznika Tizzano, który podnosi, że kompensacja uszczerbku niemajątkowego jest dominującą tendencją zarówno w systemie *common law*, jak i w kontynentalnych porządkach prawnych (tendencją rzecz jasna, nie zaś regułą, stąd rodzące się wątpliwości na tle ogólnej koncepcji szkody kontraktowej).

Odniesienie się do proponowanych przez państwa członkowskie rozwiązań zdaje się przekonywujące o tyle, iż z punktu widzenia norm wspólnotowych treść i sens niepodzielного stanowiska są w dużej mierze warunkowane panującym standardem rozwiązań. Choć różnią się one w detalach, ich generalny kierunek jest ten sam.

Dokonanie trafnej oceny rozstrzygnięcia Trybunału nie jest z pewnością zadaniem łatwym. Propozycję Trybunału w kwestii wykładni art. 5 należy uznać za **prawidłową**³¹.

Uzasadnienie takiego stanowiska znajduje swoje pierwsze źródło w analizie dokonanego procesu interpretacyjnego normy wspólnotowej, który winien przebiegać zgodnie z **zasadą efektywności** — z uwzględnieniem celu regulacji i dążeniem do realnego osiągnięcia jej założeń w możliwie najpełniejszym wymiarze³². W razie oczywistej sprzeczności uregulowań, sąd krajowy zobowiązany jest odrzucić

³⁰ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł następująco: „Artykuł 5 Dyrektywy 90/314/EEC z dnia 13 czerwca 1990 w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek co do zasady przyznaje konsumentowi prawo do odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy poniesiony na skutek niewykonania bądź niewłaściwego wykonania zobowiązania przez organizatora imprezy turystycznej”.

³¹ Zob. jednak O. Remien: *Folgen von Leistungsstörungen im europäischen Vertragsrecht der EG-Richtlinien und Verordnungen* (w:) *Europäisches im Gemeinschaftsrecht*, Schulte-Nölke/Schulze/Bernardeau 2002, s. 139–150.

³² E. Łętowska: *Miedzy Scyllą i Charybdą — sędzia między Strasburgiem i Luksemburgiem*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 10, s. 6. Autorka nie polemizuje ze stanowiskiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w kwestii wykładni pojęcia „szkoda” na gruncie dyrektywy, zakładając prawidłowość rozstrzygnięcia, stwierdza jedynie, że wszelkie wysiłki interpretacyjne zmierzające do osiągnięcia *effet utile* są uzasadnione.

normę wadliwą, zastępując ją normą wspólnotową (**zasada prymatu**)³³. Zasadnicze cele dyrektywy zostały jasno wskazane w treści preambuły. Należą do nich:

- kreowanie wspólnego rynku usług turystycznych, zapewniającego równy dostęp świadczącym we wszystkich państwach członkowskich;
- ochrona konsumenta³⁴ poprzez umożliwienie czerpania korzyści z porównywalnych warunków zakupu we wszystkich państwach członkowskich.

Założenia powyższe mogą być realizowane również poprzez bardziej rygorystyczne wymogi w stosunku do świadczonych usług, o ile takie surowsze warunki są zgodne z prawem pierwotnym (zwłaszcza swobodami traktatowymi) bądź usprawiedliwione wyłączeniami przewidzianymi w traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską lub wypracowanym orzecznictwie³⁵.

Sama konstrukcja roszczenia zasługuje na chwilę uwagi. Podstawa prawna ewentualnego żądania ma charakter kontraktowy (zgodnie z tekstem dyrektywy organizator imprezy odpowiada za niewykonanie bądź niewłaściwe wykonanie zobowiązania). Nie znaczy jednak, że w toku wykonywania świadczenia nie dojdzie do zbiegu podstaw odszkodowawczych (deliktowej z kontraktową). Niemal w każdym wypadku szkoda wywołana działaniem bądź zaniechaniem bezpośredniego wykonawcy będzie miała charakter deliktowy (nie jest on bowiem związany węzłem obligacyjnym z konsumentem, zaś wykonywane świadczenie jest rezultatem zawarcia przez usługodawcę umowy z organizatorem). Organizator odpowiada nie tylko za szkody kontraktowe, lecz również za wszelkie szkody, które powstały na skutek deliktu. Odpowiedzialność taką (opartą na zasadzie ryzyka) może wyłączyć jedynie zaistnienie jednej z wymienionych w art. 5 dyrektywy okoliczności egzoneryacyjnych³⁶.

³³ K. Kowalik-Bańczyk: *Prawo wspólnotowe wykładnia prawa polskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2005, nr 3.

³⁴ Dyrektywa nie wprowadza ograniczeń pojęcia konsumenta do osoby fizycznej, konsumentem jest każdy, „kto nabywa lub wyraża zgodę na wykupienie podróży” bądź osoba, „na rzecz której główny kontrahent nabywa podróż”. Zob. E. Łętowska: *Europejskie prawo...*, op. cit., s. 333; P. Cybula: *Usługi turystyczne (w:) Europejskie prawo konsumenckie a prawo polskie*, pod red. E. Nowińskiej i P. Cybuli, Zakamycze 2005, s. 309. Tak szeroka pod względem podmiotowym ochrona budzi jednak uzasadnione zastrzeżenia, większość dyrektyw ogranicza zakres pojęcia konsumenta do osób fizycznych. Wysoce wątpliwe jest bowiem, by osoba prawna mogła być poszkodowanym na skutek utraty spodziewanej przyjemności wypoczynku.

³⁵ B. Kurcz: *Dyrektywy Wspólnoty Europejskiej i ich implementacja do prawa krajowego*, Zakamycze 2004, s. 115.

³⁶ Choć przyjęło się tak uważać, nie jest do końca pewne, czy organizator odpowiada na zasadzie ryzyka; wydaje się, że sposób regulacji tej kwestii nie został pozostawiony państwom członkowskim, z których zdecydowana większość posłużyła się modelem proponowanym przez dyrektywę. Inaczej uczynił na przykład ustawodawca niemiecki, odwołując się do ogólnych zasad odpowiedzialności kontraktowej. Zob. H. Schulte-Nölke: *EC Consumer Law Compendium — Comparative Analysis*, Version of 12 December 2006, s. 306.

Diagram 1. Strony umowy o imprezę turystyczną na gruncie postanowień dyrektywy 90/314

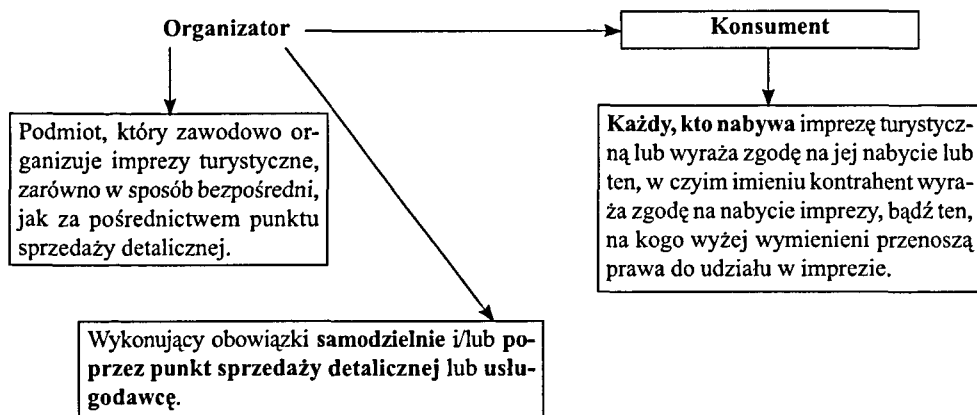
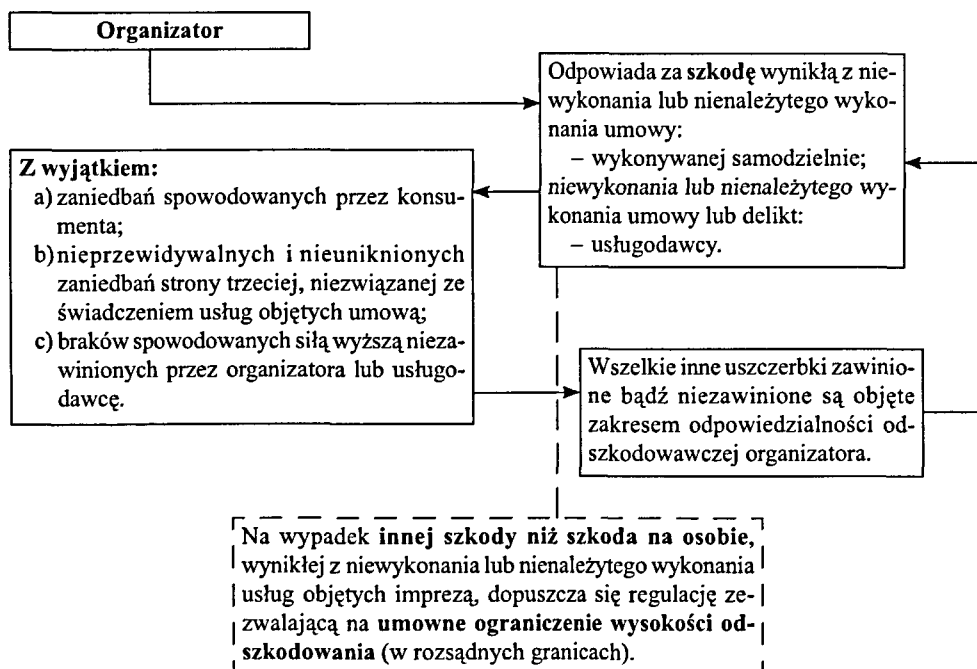


Diagram 2. Zakres odpowiedzialności organizatora imprezy turystycznej na gruncie postanowień dyrektywy 90/314



Konieczne jest w pierwszej kolejności podkreślenie, że w wypadku konfliktu wartości decydujących o swobodnym przepływie towarów i usług z postulatem

ochrony konsumenta, priorytet w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości³⁷ miała zawsze potrzeba otwartości rynku³⁸. W omawianej sprawie niwelowanie wspomnianego konfliktu jest warunkowane przyjętym zakresem odpowiedzialności usługodawcy. Minimalny charakter dyrektywy pozwala na korzystniejsze uregulowanie w prawie krajowym, które jednak nie może wpływać na ograniczenie swobód wspólnotowych (w tym wypadku swobody przepływu kapitału i usług). Jeżeli zatem granice przedmiotowe odpowiedzialności nie muszą być jednolite we wszystkich państwach Wspólnoty (przy czym poziom ochrony konsumenta jako cel regulacji jest formalnie wiążący dla państw członkowskich), to właśnie ochrona w pełnym zakresie jest gwarancją równego dostępu do rynku³⁹. Przy szerokim ujęciu obowiązku odszkodowawczego problem „nadregulacji” w zasadzie nie powstanie. Oczywiście, w tym miejscu nie można w ogóle mówić o „minimalnym” charakterze dyrektywy.

Wobec powyższego, wypada położyć dominujący akcent rozważań na poziom realizacji drugiego ze wspomnianych celów dyrektywy.

Węzłowym argumentem przemawiającym za zakresowo najpełniejszą wykładnią pojęcia szkody jest literalna formuła art. 5. Szerokie ujęcie szkody wynika z tworzonej przez ustawodawcę europejskiego kategoryzacji problematycznego terminu — art. 5 ust. 2 pkt 2 dyrektywy pozwala państwom członkowskim na ustanowienie normy umożliwiającej umowne limitowanie obowiązku odszkodowawczego, przy czym ograniczenie takie jest wykluczone na wypadek szkody w postaci uszkodzenia ciała. Tworzenie podkategorii w ramach ogólnego pojęcia szkody wskazuje na jej szeroki zakres znaczeniowy. Nie sposób bowiem stwierdzić, które ewentualnie przypadki szkody temu zakresowi nie podlegają i arbitralnie je wyłączyć⁴⁰. Dyrektywa 90/314 abstrahuje od wyliczania tych rodzajów uszczerbków, które podlegają kompensacji (w przeciwieństwie do przywołanej przez Tizzano dyrektywy 85/374, nie wprowadza precyzyjnej definicji szkody). Taki stan nie jest prawdopodobnie przypadkowy, wskazuje zarazem na pewien legislacyjny postęp w zakresie ochrony praw konsumenta. Jednocześnie w wykorzystanej metodzie regulacji ujawnia się swoisty i celowy zabieg, według Tizzano — nie bez racji, zmierzający do wprowadzenia podstaw szerokiej interpretacji pojęcia szkody. Rzecz jasna, argument taki jest mieczem obosiecznym — istnieje możliwość interpretacji *per analogiam*. W kontekście dokonującego się w prawie europejskim procesu na rzecz konsumenta takie wnioskowanie zdaje się jednak zawodne.

Za literalną wykładnią art. 5 przemawia po pierwsze potrzeba jednolitej regulacji (można także powiedzieć, że ów językowy argument jest stymulowany funk-

³⁷ Po raz pierwszy wyrażony w sposób niebudzący wątpliwości w orzeczeniu w sprawie Cassis de Dijon.

³⁸ E. Łętowska: *Europejskie prawo umów konsumenckich*, Warszawa 2004, s. 13; dalej autorka wskazuje na fakt, że nawet wobec tak klarownego stanowiska ETS, zawsze aktualny był zarzut protekcjonizmu na rzecz konsumenta, skądinąd zupełnie niesłuszny.

³⁹ Zob. m.in. M. Ciemiński: *Naprawienie uszczerbku polegającego na utraconej przyjemności z podróży*, Kwartalnik Prawa Prywatnego (dalej: KPP) 2005, z. 2, s. 357.

⁴⁰ Zob. stanowisko strony powodowej.

cją dyrektywy; wynik rozumowania również wtedy pozostaje taki sam). Wypada zatem zdecydowanie odrzucić propozycję interpretacyjną rządów Austrii, Francji, Finlandii i strony pozwanej⁴¹. Uzasadnienie stanowisk tychże opiera się na minimalnym charakterze dyrektywy, wobec czego zasada pełnej kompensacji winna być rozumiana jedynie jako możliwość wyprowadzenia bardziej rygorystycznej regulacji przez prawo państw implementujących. Motyw taki należy jednak uznać za nieuzasadniony. Problem zakresu obowiązku odszkodowawczego może i powinien być rozstrzygnięty na gruncie samej dyrektywy, poprzez wykładnię pojęcia szkody. Ustawodawca europejski nie odsyła do krajowych porządków prawnych ani też nie ustanawia jakiegoś minimalnego „pułapu”, gwarantującego w pewnym stopniu rekompensatę. Trudno nawet twierdzić, że pojęcie szkody samo w sobie jest w ogóle pojęciem stopniowalnym⁴².

Zróznicowany zakres generalnej odpowiedzialności kontraktowej i wynikająca z niego wieloznaczność terminu „szkoda” (nie więc przez samo odmienne definiowanie, lecz przez istniejące normatywne ograniczenia obowiązku odszkodowawczego) w poszczególnych systemach prawnych państw członkowskich sprawiają, że odesłanie do przepisów krajowych wręcz uniemożliwia harmonizację porządków normatywnych. Podstawowa funkcja dyrektywy byłaby zatem niemożliwa do zrealizowania. Zdarza się niezwykle często, że niewłaściwa implementacja dyrektyw unijnych wynika z faktu, iż: „terminy równoważne terminom użytym przez dyrektywę w prawie krajowym nie istnieją lub ich równoważność jest tylko pozorna”⁴³. Wieloznaczność pojęć (wielojęzyczności tych samych norm), dynamika prawa wspólnotowego, nadużywanie terminologii ekonomicznej i kompromisowy charakter procesu legislacyjnego (co w przypadku dyrektyw jest szczególnie dostrzegalne)⁴⁴ tak dalece rozwarstwiają porządki prawne, że osiągnięcie celu dyrektywy jest w przypadku istniejących różnic normatywnych asumptem do nadawania pojęciom o zastanych znaczeniach znaczeń nowych, zmian zakresu regulacji bądź ograniczaniu marginesu uznania organów stanowiących prawo⁴⁵.

W omawianym przypadku Trybunał skorzystał z drugiej możliwości. Dodać należy przede wszystkim, że terminy uniwersalne, wpisane w konkretny porządek prawny, stają się jego elementem nie tylko poprzez fakt obowiązywania, ale również

⁴¹ „Harmonizacja przepisów krajowych polega w przypadku Dyrektywy 90/314/EEC na wprowadzeniu minimalnego poziomu ochrony konsumenta. W związku z tym, brak wyraźnego instrumentu ochrony skutkuje w przypadku odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy odesłaniem do uregulowań krajowych”.

⁴² W sensie ekonomicznym możemy mówić o szkodzie większej lub mniejszej, jednak brak jakichkolwiek wskazówek co do jej wysokości nie pozwala wcale na presupozycję, że w danym przypadku szkoda obejmuje tylko określonego rodzaju uszczerbki.

⁴³ M. Szwarc: *Warunki poprawnej implementacji dyrektyw w porządkach prawnych państw europejskich w świetle prawa europejskiego*, Przegląd Prawa Europejskiego 2001, nr 1, s. 5.

⁴⁴ Tak: K. Kowalik-Bańczyk: *Prawo wspólnotowe...*, op. cit.

⁴⁵ S. Biernat: *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnotowym (w:) Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, pod red. C. Mika, Toruń 1998. Podobny wniosek można wysnuć na podstawie opinii rzecznika A. Tizzano.

poprzez współobowiązywanie, stąd wykładnia językowa indywidualnych pojęć nie zawsze idzie w parze z oczywistymi rezultatami wykładni systemowej⁴⁶.

Ponadto, art. 95 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską odpowiada wprost na pytanie o postulowany poziom ochrony konsumenta w procesie harmonizacji. Zgodnie z ust. 3 standard ten ma być „wysoki”. Przyjęcie wąskiej interpretacji art. 5 nie zapewniłoby z pewnością „wysokiego” poziomu ochrony z punktu widzenia porządków, które przewidują ochronę pełniejszą. Ten niezwykle istotny systemowy argument, pominięty w uzasadnieniu, przytoczony został kilkakrotnie przez A. Tizzano w opinii przedłożonej Trybunałowi.

Wreszcie, należy odnieść się do pozanormatywnego znaczenia umowy o imprezę turystyczną, leżącego u podstaw właśnie takiego stosunku ustawodawcy europejskiego do potrzeby szczególnej ochrony uprawnień konsumenta w relacji obligacyjnej. Turystyka jako sektor przekrojowy i związany z wieloma dziedzinami działalności gospodarczej jest dla Wspólnoty obiektem szczególnej dbałości o wzrost konkurencyjności i upraszczanie istniejącego prawodawstwa europejskiego⁴⁷. Osiągnięcie korzyści niemajątkowej (przyjemności wypoczynku, relaksacji, zadowolenia, uczucia komfortu) jest zasadniczym motywem pobudzającym konsumenta⁴⁸ do korzystania ze świadczeń przedsiębiorców usług turystycznych, niemal zawsze nieprzeciętny standard usług znajduje odzwierciedlenie w ich cenie. Utrata takiej przyjemności na skutek zaniedbań organizatora jest często jedynym uszczerbkiem po stronie konsumenta. Brak korzyści niemajątkowej pozbawia świadczenie praktycznego sensu. Odebranie poszkodowanemu możliwości dochodzenia rekompensaty bezsens taki jedynie wzmacnia.

Ostatecznie, niezależnie od siły argumentacji przeciwników⁴⁹, w obecnym stanie istnienie roszczenia odszkodowawczego na wypadek „utraconej przyjemności wypoczynku” nie budzi już żadnych wątpliwości. Konsekwentnie, sądy krajowe państw członkowskich zmuszone są do uwzględnienia stanowiska Trybunału.

⁴⁶ Zob. art. 361 § 2 k.c., gdzie szeroko pojmowanej „szkodzie” nadano zupełnie nowy sens normatywny poprzez ograniczenie obowiązku odszkodowawczego do pewnych tylko jej typów. „Szkoda” inna niż uszczerbek majątkowy jest prawnie irrelewantna, prawnie nieistniejąca. Stąd blisko już do uproszczenia: „szkoda jest stratą rzeczywistą lub utraconą korzyścią”.

⁴⁷ Komunikat Komisji, *Odnowiona polityka turystyczna UE: Ku silniejszemu partnerstwu na rzecz turystyki europejskiej*, Bruksela, 17 marca 2006, KOM(2006) 134, s. 3 i n.

⁴⁸ W systemie anglosaskim tego rodzaju umowy nazywane są „contracts with a mental benefit” — zob. pkt 2.

⁴⁹ Wśród nich była m.in. Francja; stanowisko rządu francuskiego może dziwić o tyle, że rozstrzygnięcia wydane na podstawie art. 1382 Code civil dopuszczały w niezwykle szerokim zakresie rekompensatę kontraktowych uszczerbków niemajątkowych.

1.2. IMPLEMENTACJA DYREKTYWY 90/314 DO POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

W dalszym toku rozważań konieczna wydaje się analiza funkcjonowania samej dyrektywy w polskim porządku prawnym i stosunek owej regulacji do wniosków Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Truizmem będzie twierdzenie, że w świetle prawa polskiego (z uwagi na wąski zakres kompensaty kontraktowej), podobnie jak w przypadku Austrii, orzeczenie Trybunału ma znaczenie szczególne. Dyrektywa w sprawie zorganizowanych podróży, wakacji i wycieczek implementowana została nowelą ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o usługach turystycznych⁵⁰. Interesujący nas problem zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej organizatora imprezy turystycznej⁵¹ regulują art. 11a i 11b ustawy.

Jak już wcześniej wspomniano, regulację europejską cechuje szerokie ujęcie kwestii odpowiedzialności, niezależnie od jej źródeł. Konstrukcja art. 11a i 11b jest klarowna — organizator odpowiada za szkodę niezależnie od tego, czy powstała na skutek deliktu czy też niewykonania zobowiązania, granice tej odpowiedzialności wyznaczają enumeratywnie określone okoliczności egzoneracyjne. Należy jednocześnie, na przykładzie prawa polskiego, stanowczo odrzucić możliwość ekskulpacji na zasadzie art. 430 i art. 429 k.c. Podobnie nieaktualne jest stosowanie w takim wypadku art. 474 k.c. (tutaj możliwość ekskulpacji istnieje w przypadku wykazania, że wykonawca bezpośredni nie ponosiłby odpowiedzialności na podstawie art. 471 k.c., gdyby był stroną umowy). Tak szerokie ujęcie odpowiedzialności jest uzasadnione globalnym, całościowym podejściem do kwestii ochrony konsumenta przed nierzetelnym zachowaniem przedsiębiorcy turystycznego. Każda sytuacja zaistniała z jego inicjatywy jest „wykonywaniem zobowiązania”, niezależnie od tego, czy bezpośredni wykonawca usługi (osoba trzecia, w omawianym układzie kontrahent organizatora imprezy) dopuszcza się deliktu, czy sam odpowiadałby za wadliwe świadczenie, czy można mu przypisać zawinienie uzasadniające roszczenie z art. 415 k.c. (inaczej jest np. w prawie amerykańskim, gdzie organizator wycieczki nie odpowiada za czyny niedozwolone usługodawców, o ile w sposób wyraźny takiej odpowiedzialności na siebie nie przyjmie⁵²). Prawo austriackie, podobnie jak polski kodeks cywilny, generalnie nie wykluczało przyznania powódce odszkodowania za „krzywdę” (ból, cierpienie fizyczne, naruszenie dobra osobistego), gdyż przy opisanej konstrukcji roszczenia dopuszczalne jest zasądzenie kompensaty w takim zakresie, jaki przewiduje także prawo deliktów (ze strony usługodawcy był to ewidentnie czyn niedozwolony, nie zaś naruszenie umowy — jeżeli ustawa dopuszcza zadośćuczynienie, można go żądać także od podmiotu odpowiedzialnego kontraktowo za delikt wykonawcy bezpośredniego). Jak wcześniej przytoczono: „Organizator od-

⁵⁰ Tekst jednolity: Dz.U. z 2004 r. Nr 223, poz. 2268.

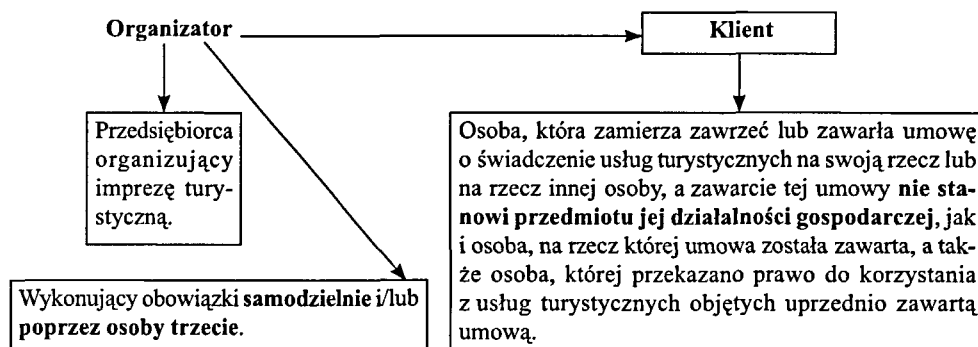
⁵¹ Art. 5 dyrektywy.

⁵² M. Nesterowicz: *Prawo cywilne USA*, Toruń 1999, s. 120.

powiada za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług turystycznych (...)”⁵³ — niezależnie od deliktowego czy kontraktowego źródła zaistniałej szkody.

Paradoksalnie, ustawodawca polski bardzo ostrożnie operuje pojęciem szkody, mówiąc raczej o odpowiedzialności „za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usług turystycznych” przez organizatora. Treść art. 11a i 11b nie jest w żaden sposób sprzeczna z dyrektywą⁵⁴. Wydaje się zatem, że nic nie stoi na przeszkodzie uwzględnianiu każdego rodzaju szkody, także w przypadku zaistnienia po stronie konsumenta wyłącznie uszczerbku o charakterze niemajątkowym. Metoda implementacji budzi jednak pewne zastrzeżenia w zakresie dopuszczalności umownego ograniczenia odpowiedzialności⁵⁵.

Diagram 3. Strony umowy o świadczenie usług turystycznych na gruncie ustawy o usługach turystycznych

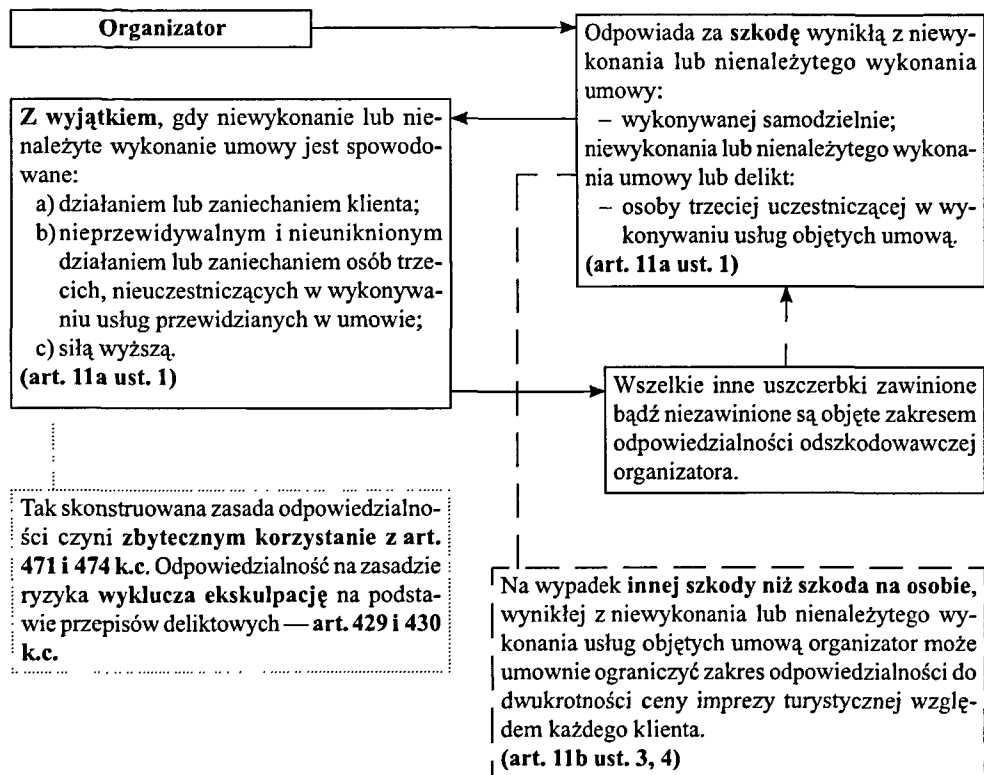


⁵³ Art. 11a ust. 1 ustawy o usługach turystycznych.

⁵⁴ Zob. przyp. 65.

⁵⁵ Art. 11b ust. 4 mówi o wyłączeniu wszelkich ograniczeń na wypadek zaistnienia „szkody na osobie”. Sama dyrektywa posługuje się węższym terminem: „personal injury”, co w polskim tłumaczeniu dyrektywy oznacza „uszkodzenie ciała”. Zgodnie ze stanowiskiem rządu Belgii, „uszkodzenie ciała” ma oznaczać wyłącznie szkodę o charakterze majątkowym. Pomijając rozważania nad poprawnością takiego wniosku, nie sposób oprzeć się twierdzeniu, że „szkoda na osobie” zasadniczo oznacza zarówno majątkowy, jak i niemajątkowy uszczerbek. Wydaje się jednak, iż modyfikacja nie była działaniem zamierzonym — rozszerzenie (i to istotne) normy imperatywnej mogłoby oznaczać nieuzasadnione uprzywilejowanie konsumenta, a w rezultacie — zabieg ograniczający postulowaną w preambule swobodę świadczenia usług.

Diagram 4. Zakres odpowiedzialności organizatora turystyki na gruncie art. 11a i 11b ustawy o usługach turystycznych



Podsumowując należy uznać (biorąc pod uwagę wiążący charakter rozstrzygnięcia sprawy Leitner) regulację zakresu odpowiedzialności organizatora w prawie polskim w istocie za autonomiczną⁵⁶. Za konkluzją taką przemawiają trzy zasadnicze argumenty:

1. Na gruncie rozwiązań kodeksu cywilnego nie dysponujemy zasadą generalnej odpowiedzialności za szkodę niemajątkową powstałą na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania — stąd implementacja ma charak-

⁵⁶ Inaczej M. Cimiński: *Naprawienie uszczerbku...*, op. cit., s. 362. Autor twierdzi, że art. 11a ustawy o usługach turystycznych jest sformułowany zbyt ogólnie, by stanowił samodzielną podstawę roszczenia. Takie stanowisko jednocześnie zmusza do zaprzeczenia powszechnie przyjętej tezie o ograniczeniu odpowiedzialności dłużnika na podstawie art. 471 k.c. jedynie do uszczerbków niemajątkowych (wynikające wprost z art. 361 § 2 k.c.). Wątpliwości autora są nieuzasadnione. Ustawa o usługach turystycznych mówi o „odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną klientowi wskutek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy” (art. 11b) i określa zasady takiej odpowiedzialności (art. 11a). Ustawa nie może również, jak podnosi autor, odsyłać „do pojęcia szkody występującego w kodeksie cywilnym”, gdyż takie pojęcie na gruncie kodeksu cywilnego nie jest w żaden sposób definiowane i jest pojmowane tak samo ogólnie jak w problematycznej ustawie.

ter absolutnie wyjątkowy; wspomniana zasada nie jest jedynie wypracowana wieloletnią praktyką⁵⁷, lecz znajduje ona wyraźne zakotwiczenie normatywne w treści art. 361 i 471 k.c.; dłużnik odpowiada za szkodę wynikłą z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania; zakres obowiązku odszkodowawczego dotyczy z kolei wyrównania uszczerbku wyłącznie majątkowego⁵⁸, czyli: „straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”, o ile przepis szczególnie (jak np. art. 448 k.c.) nie stanowi inaczej (w omawianym przypadku — szerzej).

2. Implementacja dyrektyw do prawa polskiego, poza obowiązkiem uchwalania ustaw, polega także na interpretacji zgodnej z orzecznictwem Trybunału; za Nesterowiczem: „Polski sędzia, rozpatrując powództwo o zadośćuczynienie za zmarowany urlop podczas wycieczki turystycznej, nie ma lepszych do zastosowania podstaw prawnych niż sędzia austriacki”⁵⁹; przepis prawa, będący przedmiotem wykładni, ma swoje źródło w prawie europejskim, sędzia powinien odczytywać normę w kontekście kompleksowym⁶⁰, nawet gdyby miało to prowadzić do wniosków sprzecznych z przyjętymi w doktrynie i stosowanymi przez judykaturę zasadami regulacji krajowych; o ile kwestia ta mogła budzić pewne kontrowersje⁶¹ w okresie przedakcesyjnym, dziś nie ulega wątpliwości, że orzeczenie ma wiążący charakter we wszystkich państwach Unii Europejskiej.
3. Żadne względy o charakterze językologicznym nie przeciwstawiają się szerokiej wykładni art. 11a, stąd niesłuszne byłoby twierdzenie, że implementacja jest wadliwa, a przepis jako sprzeczny z dyrektywą nie powinien być stosowany⁶²; idąc dalej — art. 11a jako samodzielna podstawa żądania pozwala na niezależną, szerszą interpretację użytego w nim pojęcia szkody; oparcie roszczenia na art. 471 k.c. prowadziłoby do sytuacji, w której zakres przedmiotowej odpowiedzialności odszkodowawczej okazywałby się szerszy w przypadku kontraktów o imprezę turystyczną (zgodnie z wykładnią ETS), węższy zaś dla potrzeb innych stosunków obligacyjnych — jednocześnie sytuacja taka prowadziłaby do akceptowania sprzeczności rozstrzygnięć z treścią art. 361 § 2 k.c. w pierwszej sytuacji; odrębnym problemem jest powstała konieczność różnego rozumienia sensu tych samych pojęć na gruncie jednej normy, wszak we wszystkich wspomnianych okolicznościach mamy do czynienia ze „szkodą” kontraktową.

⁵⁷ Tak jednak M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 72 i n.

⁵⁸ G. Bicnick, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 69.

⁵⁹ M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 74. Przy czym, wobec nowelizacji implementującej dyrektywę, za nieaktualny należy uznać wniosek autora o konieczności szerszej niż tradycyjna interpretacji art. 471 k.c., gdyż art. 11a ustawy o usługach turystycznych jest samodzielną podstawą roszczenia.

⁶⁰ T.M.J. Möllers: *Wpływ Trybunału Sprawiedliwości na niemieckie prawo cywilne*, KPP 1998, z. 4, s. 642.

⁶¹ Obowiązek wykładni zgodnej z prawem unijnym spoczywał jednak na polskich organach sądowych na mocy układu stowarzyszeniowego z roku 1990.

⁶² Wówczas źródłem roszczenia byłby art. 471 k.c., żądanie zadośćuczynienia wymagałoby objęcia szkody niemajątkowej zakresem wspomnianej normy.

1.3. DYWERSYFIKACJA ZASAD ODPOWIEDZIALNOŚCI

Aktualny stan prawny zdaje się terminologicznie niejednolity. Jak już wspomniano, na gruncie treści obowiązku odszkodowawczego wynikającego z poszczególnych norm prawnych, literalnie ta sama „szkoda wynikła z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania” ma w praktyce zupełnie inny zakres znaczeniowy.

Doszło więc do swoistego i dość przypadkowego „rozszerzenia” zasad odpowiedzialności kontraktowej, tym samym:

- a) odpowiedzialność organizatora imprezy turystycznej za szkodę wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania podlega w kwestii jej przedmiotowego zakresu wyłącznie dyspozycji art. 11a i 11b ustawy o usługach turystycznych, interpretowanych szeroko, zbieżnie ze stanowiskiem Trybunału; poszkodowany może zatem dochodzić rekompensaty z tytułu utraty spodziewanej przyjemności wypoczynku, niezależnie od treści art. 361 § 2 k.c.;
- b) odpowiedzialność dłużnika w przypadku innych umów podlega już regulacji kodeksu cywilnego, stąd poszkodowany wierzyciel jest uprawniony do rekompensaty jedynie szkód wymienionych w treści art. 361 § 2 k.c. — „strat, które poszkodowany rzeczywiście poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”; wszelkie roszczenia o odszkodowanie za uszczerbek typu niemajątkowego, pomijając wypadki zbiegu norm kontraktowych z deliktowymi, są w typowej sytuacji bezpodstawne⁶³.

Sytuacja taka może być tymczasowo akceptowana — dopóty, dopóki nie dojdzie do powielenia omówionego wyżej zjawiska. Pojawienie się podobnych jak ustawa o usługach turystycznych autonomicznych regulacji⁶⁴ pogłębi niewątpliwie terminologiczny chaos, zaś owo „ujednolicanie” zasad odpowiedzialności w skali europejskiej w poszczególnych sektorach świadczonych usług może doprowadzić do swoistej „dekodyfikacji” prawa krajowego. Czy jest wobec niej jakakolwiek alternatywa? Szerokie ujęcie kontraktowego obowiązku odszkodowawczego dłużnika obejmującego także rekompensatę uszczerbku niemajątkowego jest praktycznie nieosiągalne *de lege lata*⁶⁵. Przypadek umów turystycznych nie jest jedynym przykładem stosunków obligacyjnych, w których uniknięcie nieprzyjemności niewywołujących reperkusji w majątku poszkodowanego ma znaczenie priorytetowe. Wydaje się również, biorąc pod uwagę tempo i kierunek rozwoju poszczególnych gałęzi sektora usług, że zapotrzebowanie na normatywne mechanizmy ochronne będzie systematycznie wzrastać.

⁶³ W typowej bowiem sytuacji dopuszczalne są wyjątki wynikające zarówno z woli ustawodawcy, jak i z woli stron stosunku obligacyjnego — „w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy (...)”.

⁶⁴ Decyzja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości może zostać rozszerzona na przypadki odszkodowań umownych ze stosunków innego typu. Zob. O. Remien: *Tenancy Law in Europe and the Principles of European Contract Law*, <http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/Projects/TenancyLawRemien.pdf>.

⁶⁵ Choć czynione są w doktrynie próby argumentacji dopuszczalności zasądzenia odszkodowania już w obecnym stanie prawnym. Bardziej szczegółowo na ten temat — zob. pkt 4.

Oczywiście, nie jest rzeczą zupełnie nową wprowadzanie przez ustawodawcę mechanizmów „ochrony szczególnej” pewnych dóbr, gdy poprzez wzgląd na ich specyfikę, taka wyjątkowa ochrona jest uzasadniona. Trudno jednocześnie utrzymywać, że umowa o imprezę turystyczną nie ma sobie w systemie prawa zobowiązań podobnych, skąd jej „wyjątkowość” domagałaby się odmiennego reżimu ochrony⁶⁶. Przeciwnie — zasada swobody kontraktowej pozwala na takie ukształtowanie stosunku między stronami, że jego cel i funkcja nie będą w ogóle odbiegać od celu i funkcji „umowy turystycznej”, a nie sposób kwalifikować obydwu umów jako tożsamy⁶⁷.

Odpowiedź na pytanie: czy swoisty rozłam w zakresie zasad odpowiedzialności dłużnika kontraktowego, do jakiego doszło w związku z treścią dyrektywy 90/314, jest zjawiskiem niekorzystnym — wykracza już jednak poza przedmiotowe ramy niniejszego punktu⁶⁸.

Pewne określenie pojęcia szkody niemajątkowej, jej znaczenia, wymiaru, częstotliwości występowania może okazać się przedsięwzięciem trudnym, a jednocześnie niezbędnym dla wykreowania satysfakcjonującej propozycji legislacyjnej.

2. SZKODA NIEMAJĄTKOWA

2.1. SZKODA NIEMAJĄTKOWA W RAMACH OGÓLNEGO POJĘCIA SZKODY

Dalsze rozważania na temat postulowanego miejsca szkody niemajątkowej w polskim systemie prawa umów, taki bowiem jest cel niniejszej pracy, wymagają podjęcia przynajmniej próby zdefiniowania przedmiotu tych rozważań. Pojęcie szkody zdaje się elementarnym, o ile nie najistotniejszym zagadnieniem prawa umów, rzec by można językiem przedstawicieli *Begriffsjurisprudenz*, pojęciem o „szczególnym normatywnym znaczeniu”⁶⁹. Prawdopodobnie ta istotna jego rola sprawia, że budzi

⁶⁶ Umowa turystyczna jest nowym, nieznanym dotychczas stosunkiem zobowiązaniowym o pakietowym charakterze, sam jednak fakt ukształtowania się nowego typu stosunku nie uzasadnia w ogóle potrzeby jakiegś szczególnej w zakresie podstawowych zasad odpowiedzialności regulacji. Stosunek taki powinien podlegać w pełnym zakresie ogólnym przepisom o zobowiązaniach umownych. Ze względu na treść orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nieuniknione jest traktowanie norm implementujących dyrektywę jako *lex specialis* w stosunku do art. 361 § 2 k.c. Tak J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 337.

⁶⁷ Nietrudno wyobrazić sobie umowę mieszaną, do której treści należą między innymi *essentialia negotii* umowy turystycznej. Ze względu jednak na jej nienazwany charakter, zastosowanie ustawy o usługach turystycznych stanie pod znakiem zapytania i będzie miało w najlepszym wypadku jedynie charakter analogii. Tym samym, trudno uzasadnić będzie wyłączenie działania art. 361 § 2 k.c., gdyż regulacja o charakterze wyjątkowym, a taką niewątpliwie jest art. 11a i 11b ustawy, nie powinna teoretycznie znajdować zastosowania do stosunków obligacyjnych zaledwie podobnych, formalnie niepodlegających hipotezom wspomnianych norm.

⁶⁸ Zob. pkt 4.

⁶⁹ J. Stelmach: *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 103.

ono od lat olbrzymie kontrowersje i jest motywem licznych dyskusji, nie dość powiedzieć — niemających realnie przewidywalnego końca. Metoda analizy pojęciowej wydaje się w przypadku problemu szkody wyjątkowo adekwatna. Rzeczywiście, analiza przedmiotowego terminu pozwala na wyodrębnienie pewnych podzbiorów semantycznych w ramach jego ogólnego zakresu znaczeniowego. Wydaje się jednocześnie i takie jest założenie niniejszej pracy, że, choć zjawisko szkody jest przedmiotem szczególnego zainteresowania ustawodawcy, odnosi się ono w rzeczywistości do sfery faktów. To powstawanie szkody, wyrządzanie jej drugiej osobie w sposób sprzeczny z określonymi regułami postępowania jest motywem do tworzenia zasad odpowiedzialności. Stąd przyznanie roszczenia odszkodowawczego jest normatywną odpowiedzią na faktyczne istnienie szkody. Jak się okazuje — odpowiedzią niepełną, co w określonych sytuacjach jest uzasadnione, w innych wydaje się co najmniej dyskusyjne.

Można ostatecznie powiedzieć, że poprzez pojęcie szkody ustawodawca realizuje deskryptywną funkcję tekstu prawnego, poprzez tworzenie reguł odpowiedzialności — jego funkcję twórczą. Oczywiście nie może być przedmiotem niniejszych rozważań próba rozstrzygnięcia sporu pomiędzy zwolennikami deskrypcjonizmu a kreatywnego charakteru języka norm. Należy podzielić ostatecznie pogląd, że język ten „Z jednej strony tworzy pewne normatywne stany rzeczy, co w mniejszym lub większym stopniu wpływa na zjawiska życia społecznego, ale z drugiej odzwierciedla pewne właściwości otaczającej nas rzeczywistości”⁷⁰.

Oczywisty jest zatem z pewnością fakt, że sama szkoda niemajątkowa jest pewnym podtypem szkody w ogóle. Dolegliwość niedotykająca majątku poszkodowanego będzie stanowiła *differentia specifica* pojęcia szkody niemajątkowej, pozwalającą na jednoznaczne odróżnienie tego typu uszczerbku od innych możliwych rodzajów szkód. Jak jednak zostanie kilkakrotnie wykazane, pozornie niebudzące wątpliwości twierdzenie o dywersyfikacji w ramach ogólnego pojęcia szkody było i jest źródłem wielu nieporozumień. Szkoda nie jest, rzecz jasna, jakimś sztucznym tworem wykreowanym dla potrzeb regulacji prawnych, przeciwnie — istnienie szkody jako zjawiska pozaprawnego było zasadniczym asumptem do uczynienia z niej przedmiotu owych regulacji. I dlatego poszukiwania uniwersalnego pojęcia szkody, wreszcie — szkody niemajątkowej wymagają dokonania wszechstronnych rozważań językowych⁷¹, ekonomicznych czy natury socjologicznej. Poza granicami czysto

⁷⁰ R. Sarkowicz, J. Stelmach: *Teoria prawa*, Kraków 2001, s. 42. Tym samym, ustawodawca informuje o zjawisku szkody i kreuje mechanizmy zaradcze przeciw określonym wypadkom jej powstania.

⁷¹ Nie ma chyba większego sensu, wobec braku specjalistycznej definicji legalnej szkody, mówienie o normatywnym znaczeniu tego pojęcia. Zgodnie z dyrektywą języka potocznego „normie należy nadać takie znaczenie, jakie ma ona w języku potocznym”. Zob. L. Morawski: *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 118; J. Stelmach, B. Brożek: *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 133. Gdyby jednak ustawodawca nadał szkodzie jakieś znaczenie specjalistyczne, wówczas konflikt pomiędzy znaczeniem fachowym a ogólnojęzykowym należałoby rozstrzygnąć na korzyść tego pierwszego. Zob. T. Spyra: *Granice wykładni prawa*, Zakamycze 2006, s. 53 i 159.

językowymi tekstu prawnego powstają także przyczyny, dla których „warto” chronić pewne dobra czy stosunki poprzez zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej. Słowem, aspekty gospodarcze, etyczne oraz społeczne składają się na cały funkcjonalizm takiej odpowiedzialności.

Nie oznacza to bynajmniej konieczności odwoływania się do niezmiennej, platonicznej idei szkody. Wystarczy jednakże stwierdzenie o wyjątkowym statusie języka potocznego, który ustawodawca respektuje, unikając wprost nadawania szkodzie znaczeń swoistych. Oczywiście „z pewnością język potoczny nie jest ostatnim słowem; w zasadzie zawsze można go uzupełnić, ulepszyć i zastąpić. Pamiętajmy tylko, że jest to pierwsze słowo”⁷².

Truizmem będzie twierdzenie, że szkoda jest zjawiskiem ogólnie niepożądanym. Pomijając przypadki „złych intencji” sprawcy i właściwej sprawstwu umyślnemu wewnętrznej satysfakcji, również z jego punktu widzenia, biorąc pod uwagę fakt z założenia nieuchronnej odpowiedzialności za szkodę, powstanie szkody ma wymiar generalnie niekorzystny. Słownik języka polskiego definiuje szkodę jako „stratę materialną lub moralną” — jak się za chwilę okaże, w sposób bardzo szeroki, z uwzględnieniem wszelkich możliwych uszczerbków⁷³. Jednocześnie warto zaznaczyć, że zjawisko szkody nie należy do świata normatywnego⁷⁴, normy prawne zaledwie opisują je i to tylko w pewnych kontekstach (w ścisłym związku z problemem odpowiedzialności). Szkody nie da się „zmierzyć” za pomocą tych samych kryteriów, które pozwalają na stwierdzenie skuteczności umowy czy ważności testamentu, doskonale natomiast poddaje się mechanizmom pozaprawnym: ekonomicznym, moralnym, psychologicznym czy nawet medycznym.

W języku angielskim szkodą (*damage*) należy nazwać zarówno uszczerbek materialny wyrządzony w stosunku do osoby lub rzeczy (*physical harm caused to something or someone*), jak i uszczerbek emocjonalny (*emotional harm*). Bogactwo znaczeń pojęcia szkody na gruncie języka angielskiego pozwala na skonstruowanie jeszcze jednej, bodaj najszerszej definicji szkody, odpowiadającej wspomnianemu wyżej truizmowi — jako negatywnej konsekwencji (*a bad effect of something*⁷⁵). Analiza potocznego znaczenia pojęcia szkody⁷⁶ sugeruje w sposób jednoznaczny, że uszczerbek emocjonalny, szkoda moralna czy, przechodząc na grunt języka prawnego — uszczerbek niemajątkowy kwalifikuje się jako podtyp szkody, ta zaś ujmo-

⁷² J.L. Austin: *Prośba o wybaczenie* (w:) J.L. Austin: *Mówienie i poznawanie. Rozprawy i wykłady filozoficzne*, Warszawa 1993, s. 243–244 (za:) J. Stelmach, B. Brożek: *Metody...*, *op. cit.*, s. 113.

⁷³ Także utraconego zysku — o ile przez stratę rozumiemy również przyszły uszczerbek, a nie nie stoi na przeszkodzie takiemu pojmowaniu straty.

⁷⁴ W tym zakresie raczej należy zatem oddać deskrypcjonistom (zob. R. Sarkowicz, J. Stelmach: *Teoria prawa*, *op. cit.*, s. 40). Być może ze względu na pozaprawny charakter szkody ustawodawcy zwykle rezygnują z jej definiowania.

⁷⁵ *Dictionary of Contemporary English*, wyd. 3, Longman 2002.

⁷⁶ Europejski Trybunał Sprawiedliwości, a także rzecznik generalny A. Tizzano poszukują w uzasadnieniach swoich opinii w sprawie *Leitner v. TUI* (ETS C-168/00, ECR 2002, s. I-2631 i n.) takiego właśnie, uniwersalnego znaczenia szkody w języku potocznym.

wana jest intuicyjnie jako właściwie każda możliwa negatywna relacja pomiędzy jednostką poszkodowaną a zdarzeniem powodującym szkodę.

W języku niemieckim pojęcie szkody (*die Schaden*) rozumiane jest, podobnie jak w języku polskim, bardzo szeroko — jako: „szkoda, strata, uszczerbek, krzywda”⁷⁷. Wydaje się również, że samą krzywdę (*der Schmerz, das Unrecht*⁷⁸) należy rozumieć na gruncie języka niemieckiego niezbyt szeroko, pojęcie *Schmerz* jest bowiem zarezerwowane głównie dla cierpień psychicznych wywołanych urazem fizycznym (ból, dolegliwość); *Schmerzensgeld* — tłumaczymy jako odszkodowanie za krzywdę moralną, nazywane także potocznie i dość sugestywnie „odszkodowaniem za łzy”, w systemach germańskich dopuszczalne wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. Prawo niemieckie posługuje się jednak bardziej ogólnym terminem: szkody niemajątkowej. Krzywda moralna wiąże się zwykle z pewnym ujemnym, dotkliwym urazem psychicznym, cierpieniem, uciążliwością, dokonaną wobec osoby wbrew jej woli. Nie jest to zatem pojęcie adekwatne dla szkód na przykład „utraconej, spodziewanej przyjemności”. Niewykonanie bądź wadliwe wykonanie zobowiązania nie musi wiązać się z pogorszeniem aktualnego stanu, może jednocześnie prowadzić do pozbawienia osoby wyłącznie określonej korzyści w sferze osobistej.

Owa korzyść jest zarazem profitem właściwym jedynie prawu zobowiązań umownych. Można śmiało pokusić się o stwierdzenie, że tam, gdzie mamy do czynienia wyłącznie z deliktem (brak jest zatem zbiegu odpowiedzialności deliktowej z kontraktową), ten typ szkody niemajątkowej w zasadzie nie występuje.

Identyczność zakresów pojęciowych szkody i niemieckiego *Schaden* nie jest, rzecz jasna, przypadkowa. Etymologicznie bowiem *Schaden* stanowi źródłosłów wyrazu „szkoda”⁷⁹.

Francuskie słowo *dommage* oznacza w potocznym rozumieniu zarówno straty materialne (*dégâts matériels*), jak i niematerialne (*dégâts immatériels*). Z kolei szkodę niemajątkową określa się tradycyjnie jako szkodę moralną (*dommage moral, prejudice moral*). Polski kodeks zobowiązań, jak się później okaże, korzystał zatem z terminologii francuskiej, przy czym nie można powiedzieć, by zabieg ten był szczególnie udany. Orzecznictwo francuskie definiuje szkodę moralną bardzo szeroko, jako jednoznacznie ze szkodą niemajątkową⁸⁰. Kodeks zobowiązań ograniczał

⁷⁷ J. Pipek, J. Ippoldt: *Wielki słownik niemiecko-polski*, Warszawa 1979.

⁷⁸ Językowych desygnatów szkody niemajątkowej jest wiele, zbiorczym dla wszystkich jej podtypów zdaje się pojęcie *Nichtvermögensschaden*.

⁷⁹ Precyzyjnie: niem. *Schaden* (dawn. *scado*) i łac. *scandalum*, oznaczające niebezpieczeństwo, pogorszenie. A. Brückner: *Słownik etymologiczny języka polskiego*, Warszawa 1989.

⁸⁰ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 45. Prawo do żądania zadośćuczynienia odpowiada w pełni faktycznym uszczerbkom — przysługuje zawsze wtedy, gdy naruszenie wszelkiego rodzaju dóbr i interesów poszkodowanego nie wywołuje reperkusji w jego majątku. Bardziej szczegółowe potraktowanie tego problemu: zob. pkt 3.1 niniejszej pracy. Zob. także orzeczenie Izby Połączonych Sądu Kasacyjnego z 15 czerwca 1833 r. (Sirey 1833.1.458) oraz Izby Cywilnej w sprawie *Lejars v. Templier* z 13 lutego 1923 r. (DP

odpowiedzialność sprawcy do wypadków „kodeksowej” krzywdy moralnej — ściśle określonych treścią art. 165 k.z.⁸¹

Ostatecznie, poszukiwanie uniwersalnej definicji szkody na gruncie języka potocznego zmusza do konstruowania bardzo ogólnych wniosków. Szkoda jest zawsze negatywnym skutkiem określonego zdarzenia i odwrotnie. Na gruncie prawa twierdzenie takie okazuje się już, niestety, nie wiedzieć czemu, mniej oczywiste.

Jak wyżej uprzedzono, z punktu widzenia analizy językowej szkoda niemajątkowa będzie, zgodnie z formułowanymi wnioskami, po prostu negatywną konsekwencją pewnego zachowania sprawcy szkody wobec dóbr poszkodowanego (prawnie relewantnych bądź nie), innych niż dobra majątkowe.

W sensie ekonomicznym szkoda siłą rzeczy oznacza uszczerbek o charakterze majątkowym. Dlatego też mechanizmy prawne kreujące obowiązki odszkodowawcze mają być, w ujęciu przedstawicieli nurtu *Law & Economics*, przede wszystkim ekonomicznie efektywne⁸². Prawo powinno ich zdaniem prowadzić do efektywnej alokacji dóbr. Owa skuteczność może przejawiać się nie tylko w potrzebie poprawy sytuacji materialnej, lecz również w utrzymaniu jej stałości względnie — przywróceniu stanu poprzedzającego zaistniały uszczerbek.

Oczywiście, ujęcie ekonomiczne nie znajduje, przynajmniej na pierwszy rzut oka, uzasadnienia dla rekompensat uszczerbków innych niż majątkowe⁸³. Uszczerbek tego rodzaju jest bowiem z pozoru ekonomicznie obojętny, nie prowadzi do zmian sytuacji majątkowej jednostek, stąd — ochrona przed jego ewentualnym wystąpieniem, według szkoły ekonomicznej analizy, nie jest celem prawa, przynajmniej nie celem zasadniczym. Charakter pewnej grupy stosunków prawnych (także tych zobowiązaniowych) nie pozwala jednak na zrównanie efektywności ze sprawiedliwością. Założenia stojące za ekonomiczną analizą prawa mogą budzić wątpliwości

1923.1.52). Zapatrywania orzecznictwa francuskiego zyskały aprobatę doktryny (Civ. 2, 23 May 1977, Bull. II, No. 139 i C2, 16/04/1996, Bull. No. 94).

⁸¹ Jednocześnie treść wspomnianego przepisu wskazuje na dość niejasną dywersyfikację pomiędzy krzywdą moralną a cierpieniami fizycznymi. Trudno wyznaczyć sensowną granicę rozdzielałą wspomniane pojęcia i równie trudno wskazać, czy krzywda moralna, zdaniem ówczesnego ustawodawcy, jest skutkiem cierpień fizycznych, czy na tych cierpieniach właśnie polega. Zob. też F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, wyd. II, Warszawa 1948, s. 122.

⁸² J. Stelmach, B. Brożek: *Metody...*, op. cit., s. 136. Miarą ekonomicznej efektywności jest przede wszystkim rachunek zysku i kosztów. Wykonanie zobowiązania jest ekonomicznie nieefektywne, gdy potencjalny zysk jest niższy od kosztów wykonania. Spoglądając na problem z innej strony — koszt niewykonania jest niższy niż koszt wykonania pomniejszony o potencjalny zysk. W sytuacji „idealnego kontraktu” większą efektywność wykazuje wykonanie zobowiązania. Normy kształtujące odpowiedzialność za naruszenie umowy powinny zatem być tak skonstruowane, by uniemożliwiać jego ekonomiczną efektywność. Zob. A. Hatzis: *Civil Contract Law and Economic Reasoning An Unlikely Pair?*, <http://www.econ.uoa.gr/UA/files/1974297083.pdf>, s. 5. Z drugiej strony, w wyjątkowych sytuacjach oferowanie pełnej rekompensaty za szkodę niemajątkową może okazać się ekonomicznie nieefektywne: S.A. Rea: *Non-pecuniary Loss and the Breach of Contract*, *Journal of Legal Studies* 11, 1982, s. 35–53.

⁸³ Ekonomiczne znaczenie tego rodzaju szkody zostało jednak dostrzeżone w orzecznictwie niemieckim, gdzie na przykład umowa o imprezę turystyczną postrzegana była jako stosunek obligacyjny skomercjalizowany, stąd sama „utrata wypoczynku” — jako szkoda o charakterze majątkowym. Zob. pkt 3.2.

i są problematyczne⁸⁴. Metoda ekonomicznej analizy odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącza potrzebę odwoływania się do innych, mniej jasnych kategorii z jednej strony, z drugiej zaś, natura pewnej grupy sytuacji prawnych zmusza, jak się dalej okaże, do poszukiwania racjonalizacji modelu odpowiedzialności właśnie wśród kryteriów pozaekonomicznych.

Trudno jednoznacznie stwierdzić, na ile możliwa jest konstrukcja modelu ekonomicznego odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbek niemajątkowy. Warto jednak zauważyć, że w relacji długofalowej wystąpienie tego rodzaju szkody nie jest także z ekonomicznego punktu widzenia zupełnie irrelevantne, przynajmniej w skali mezo i to właśnie na gruncie prawa umów⁸⁵. Częstotliwość i prawdopodobieństwo wystąpienia przykrości, nieprzyjemności, bólu i cierpienia wynikłych z niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania, niewątpliwie wpływają na kierunek przyszłych, jednostkowych wyborów ekonomicznych. Z ekonomicznego punktu widzenia istnienie normy kreującej odpowiedzialność za uszczerbek niemajątkowy będzie niewątpliwie nakierowane na utrzymanie bilansu ekonomicznego na korzyść wykonania umowy.

Wracając do myśli przewodniej rozważań — motywy głosów krytycznych wobec doktryny *Law & Economics*, na gruncie problemu odpowiedzialności za uszczerbek niemajątkowy, zdają się szczególnie uzasadnione, sama zaś definicja szkody — zbyt wąska.

Przechodząc z kolei do rozważań nad kwestią normatywnego znaczenia szkody, a w jej ramach także szkody niemajątkowej, warto skoncentrować się przez chwilę na dotychczasowym sposobie prezentowania problemu i związanymi z nim niejasnościami w prawie polskim.

Autorzy *Komentarza do kodeksu cywilnego*⁸⁶ pojęcie szkody wyjaśniają następująco:

„Według § 2 art. 361 szkoda polega albo na stracie, którą poniósł poszkodowany (*damnum emergens*), albo na pozbawieniu go korzyści, które mógłby uzyskać, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*).

Stratą jest pomniejszenie majątku poszkodowanego. Polega ona na uszczupleniu aktywów (np.: zniszczenie, utrata lub uszkodzenie określonych składników majątkowych albo obniżenie ich wartości) albo na przybyciu pasywów (np. powstanie nowych zobowiązań albo ich zwiększenie). (...)

Szkoda związana z utraconymi korzyściami ma zawsze charakter hipotetyczny. Z reguły występuje obok rzeczywiście poniesionej straty. Powstanie szkody pole-

⁸⁴ Tamże, s. 153.

⁸⁵ W przypadku deliktów trudno doszukać się ekonomicznej zależności między zdarzeniem wywołującym krzywdę a późniejszymi wyborami ekonomicznymi.

⁸⁶ G. Bienick, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, t. 1, Warszawa 2003.

gającej na utraconych korzyściach jest wielce zróżnicowane. W razie szkody na osobie mogą przykładowo oznaczać utratę (zmniejszenie) zarobków. (...)

Aczkolwiek ustalenie szkody w postaci utraconych korzyści jest hipotetyczne, to jednak szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała ona w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła”.

Z taką treścią definicji szkody nie sposób się zgodzić. Autorzy tej części komentarza widać nie dostrzegli faktu (bądź podejście ich wynika z pewnego uproszczenia w metodzie definiowania szkody), że kodeks cywilny (podobnie jak wcześniej kodeks zobowiązań) nie podaje definicji legalnej szkody⁸⁷, a jedynie wymienia te uszczerbki, które podlegają obowiązкови kompensacyjnemu (o ile, rzecz jasna, w ogóle wystapia)⁸⁸.

Zgodnie zatem z brzmieniem normy: „(...) w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono”. Z samego faktu powstania szkody nie wynika obowiązek zapłaty odszkodowania, nie oznacza to jednak, że brak takiego obowiązku wyłącza możliwość zaistnienia szkody.

Z § 2 art. 361 wynika po pierwsze, że pojęcie szkody ma zakres znaczeniowy szerszy niż samo jedynie *damnum emergens* i *lucrum cessans*, po drugie, że sam obowiązek odszkodowawczy może w zakresie swoim być modyfikowany bądź to przepisem szczególnym ustawy, bądź to odpowiednim postanowieniem umownym. Nie jest to rozwiązanie szczególnie oryginalne. Podobną normę zawiera art. 1149 kodeksu cywilnego francuskiego, zgodnie z którą wierzyciel, co do zasady, może żądać odszkodowania za doznana stratę i zysk, którego został pozbawiony na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania⁸⁹. Należy przy tym zastrzec, że art. 1149 francuskiego kodeksu cywilnego odnosi się jedynie do zobowiązań umownych, art. 361 § 2 k.c. — także do zobowiązań powstałych na skutek deliktu. Różnica ta ma całkiem istotne znaczenie, bowiem możliwość zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy (niemalże w każdej jego postaci) w prawie fran-

⁸⁷ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop w prawie polskim*, KPP 2005, z. 2, s. 312–313. Również Trybunał Konstytucyjny uznał szkodę za pojęcie niedookreślone w jego potocznym rozumieniu, za szkodę należy jednak uznać, zdaniem Trybunału, każdy uszczerbek w prawnie chronionych dobrach poszkodowanego. Zob.: wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 4 grudnia 2001 r. (SK 18/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 256) oraz z 23 września 2003 r. (K 20/02, OTK ZU 2003, nr 7, poz. 76).

⁸⁸ Utożsamianie pojęcia szkody z zakresem odpowiedzialności rodzi problem nie tylko w polskiej doktrynie. Również ze względów czysto językowych możliwe są pewne nieporozumienia. W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Bliss v. South East Thames Regional Health Authority* [1985] I.R.L.R. 308 czytamy: „(...) damages do not include frustration, vexation and distress (...)”. W języku angielskim termin *damage* jest używany zarówno dla określenia szkody, jak i odszkodowania (*damages*). Nie oznacza to, rzecz jasna, że pojęcia te są traktowane jako tożsame, a sama szkoda identyfikowana jest jedynie na podstawie kryteriów aktualizujących odpowiedzialność.

⁸⁹ „Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé sauf les exceptions et modifications ci-après”.

cuskim otwiera treść art. 1382 Code civil, gdzie zakres obowiązku odszkodowawczego nie ma właściwie żadnego ogranicznika⁹⁰. Podobnie jak w prawie polskim, sama szkoda nie jest definiowana i chyba również w tym wypadku aktualne będą wnioski o jej możliwie jak najszerszym rozumieniu.

Kodeks cywilny (a także ustawy szczególne) zna nieliczne wyjątki od zasady kompensacji szkód majątkowych z art. 361 § 2 k.c. Warto jednak w sposób wyraźny podkreślić kompetencję stron stosunku obligacyjnego do rozszerzenia (co jest szczególnie istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań) lub zawężenia (co w praktyce okaże się praktyką znacznie częstszą) przedmiotowego zakresu odpowiedzialności dłużnika. Owo rozszerzenie może niewątpliwie obejmować między innymi szkody o charakterze niemajątkowym, stąd uprawniony będzie wniosek, że przynajmniej z pewnego punktu widzenia, szkoda niemajątkowa nie jest prawnie irrelevantna w systemie polskiego prawa cywilnego — nie istnieje żaden formalny zakaz kompensowania tego typu uszczerbków, choć, oczywiście, postanowienia umowne, w których dłużnik decydowałby się na poniesienie surowszej odpowiedzialności, będą należały do rzadkości.

Umowne zobowiązanie do naprawienia ewentualnych szkód niemajątkowych rodzi skuteczne roszczenie i podlega dyspozycji art. 471 k.c.

Równocześnie, we wcześniejszych wywodach autorów *Komentarza...* znajdujemy następującą konkluzję:

„W kodeksie cywilnym brak bliższego określenia, a stanowisko doktryny nie jest w tej kwestii jednolite. Trafny wydaje się pogląd, że przez szkodę rozumie się nie tylko szkodę majątkową, ale także i szkodę niemajątkową (uszczerbek niematerialny). Wprawdzie ta ostatnia zwana jest krzywdą (art. 445 k.c.), ale zarazem osobę, która jej doznała, określa się jako »poszkodowanego«.

Niekonsekwencja definicyjna pojawia się raz jeszcze:

„Ogólnie rzecz ujmując, szkodą jest powstała wbrew woli poszkodowanego różnica między obecnym jego stanem majątkowym a tym stanem, jaki zaistniałby, gdyby nie nastąpiło zdarzenie wywołujące szkodę”.

Niestety, takie uproszczenie jest nie do przyjęcia. Konstatacja, że szkodą jest również uszczerbek niemajątkowy, wyłącza możliwość dyferencyjnej metody szacowania szkody. Bardziej prawidłowe byłoby zatem zastrzeżenie, iż cytowana wyżej definicja odnosi się tylko do uszczerbków o charakterze majątkowym.

Aktualnie postuluje się badanie przeciętnej, powszechnej wartości dobra celem oszacowania wysokości szkody. Pomijana jest zatem wartość szczególnego upodobania (*pretium affectionis*). Należy w tym miejscu stanowczo wyjaśnić kwestię kwalifikacji owej wartości — bezspornie jest to szkoda niemajątkowa. Nie można jednak poddawać się sugestii, że każda szkoda niemajątkowa ma walor wyłącznie

⁹⁰ Orzecznictwo francuskie wypracowało szerokie pojęcie szkody (*dommage*), także w stosunku umownym możliwe jest zatem dochodzenie odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy na podstawie normy deliktowej.

subiektywny. Obiektywizowanie tego rodzaju uszczerbku jest możliwe, konieczne i powszechnie akceptowane jako metoda określania wysokości zadośćuczynienia, również w prawie polskim.

Na gruncie norm sankcjonujących czyny niedozwolone, ogólne, szerokie ujęcie szkody jest lepiej widoczne, choćby ze względu na istnienie owych wyjątków od zasady kompensacji wyłącznie uszczerbków majątkowych. Szkodą jest więc „uszczerbek w dobrach prawnie chronionych osoby poszkodowanej”⁹¹. Tak pozornie szeroka definicja szkody również zawiera w sobie pewne ograniczenia. Mowa w niej bowiem o „dobrach prawnie chronionych”, a zatem tych wartościach, które ustawodawca uznaje za istotne i zasługujące na ochronę prawną, na przykład dobrach osobistych. Przy takim ujęciu problemu szkoda w postaci na przykład utraconej przyjemności wypoczynku nie mieściłaby się w zakresie wspomnianej definicji. Przyjemność wypoczynku, wyprzedzając dalsze rozważania, nie jest dobrem osobistym, i nie jest w obecnym stanie prawnym przedmiotem jakiejkolwiek ochrony. Brak sankcji za utracony wypoczynek nie oznacza jednak z pewnością, że po stronie niedosłego beneficjenta usługi nie powstał żaden uszczerbek. Ostatecznie, idąc tokiem rozumowania wyznaczonym przez autorów tak skonstruowanej definicji szkody, zmuszeni byłibyśmy stwierdzić, że w zasadzie nic się nie stało.

Wydawać by się mogło, że do bardziej prawidłowych wniosków, mimo legislacyjnych różnic, doszła doktryna jeszcze w stosunku do poprzedniego stanu prawnego. Kodeks zobowiązań, podobnie jak obecnie kodeks cywilny, nie zawierał legalnej definicji szkody. Rozróżnienie pomiędzy pojęciem szkody a normatywnym zakresem odpowiedzialności było zaś jeszcze bardziej wyraziste, art. 157 § 1 wskazywał jedynie na te rodzaje uszczerbków, które podlegają ogólnemu obowiązкови kompensacyjnemu:

„Odszkodowanie obejmuje stratę, jaką poszkodowany poniósł, i korzyść, której mógł się spodziewać, gdyby mu szkody nie wyrządzono”.

Jednocześnie § 3 dopuszczał żądanie zadośćuczynienia za krzywdę moralną, niezależnie od naprawienia szkody majątkowej (kodeks zobowiązań posługiwał się w sposób dosłowny pojęciem szkody majątkowej i terminologii w omawianym zakresie używał dość konsekwentnie⁹²), w przypadkach ustawowo określonych.

Konstruowanie prawidłowych wniosków i uniwersalnych definicji wymaga wyraźnego rozróżnienia pomiędzy samym pojęciem szkody a zakresem obowiązku odszkodowawczego. Utożsamianie tych kwestii będzie niestety zawsze prowadzić do błędnych konkluzji. Wydaje się nawet, że szkoda w istocie swojej nie jest najlepszym materiałem do jej legalnego definiowania i nie jest to jednocześnie zabieg

⁹¹ W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 93. W dalszej części autor definiuje szkodę szerzej, jest nią: „każdy uszczerbek, który dotyka poszkodowanego, zarówno o charakterze majątkowym, jak i niemajątkowym”, tamże, s. 97; podobnie Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 85.

⁹² Szkoda wiązana była z uszczerbkiem majątkowym, uszczerbek niemajątkowy był natomiast określany terminem „krzywda”; dla krzywdy również kodeks zobowiązań rezerwował termin „zadośćuczynienie”.

w ogóle ustawie szczególnie potrzebny. Praktyczna korzyść pojawia się bowiem dopiero w obliczu rozważań postulatu poszerzenia zakresu obowiązku kompensacyjnego. W pełni tutaj jest uprawnione pytanie: jaki jeszcze uszczerbek ma być tym obowiązkiem objęty?

Norma art. 239 k.z. jeszcze wyraźniej wskazywała na bardzo szerokie ujęcie szkody, dłużnik kontraktowy odpowiadał wobec wierzyciela „za wszelką szkodę, wynikłą z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”. Dopiero odsłanianie art. 242 k.z. do reżimu deliktowego zawężyło sankcję odszkodowawczą.

Roman Longchamps de Berier definiował szkodę jako uszczerbek materialny lub moralny⁹³. Lingwistyczne ograniczenia prowadzą także tutaj do nieporozumień, bowiem szkoda majątkowa może powstać również na skutek naruszenia dobra przestrzennie niewymiernego⁹⁴. Wydaje się, że autor utożsamiał pojęcie szkody majątkowej ze szkodą materialną (podobne uproszczenia spotykamy powszechnie w doktrynie anglosaskiej) bez przywiązywania szczególnej uwagi do kwestii językowych.

Szkoda niemajątkowa nie jest jednak z pewnością tym samym co krzywda moralna; przynajmniej nie w ujęciu proponowanym przez autora: „Szkoda moralna obejmuje cierpienia fizyczne lub moralne, doznane wskutek wyrządzenia szkody”. Nurtują wobec powyższego dwie kwestie:

1. O jaką szkodę chodziło autorowi, gdy mówił o przyczynie sprawczej cierpień fizycznych lub moralnych?
2. Czy szkoda niemajątkowa musi ograniczać się jedynie do pewnych cierpień, przykrości, niedogodności czy, przynajmniej teoretycznie, może obejmować także innego rodzaju uszczerbki niewymierne ekonomicznie?

Odpowiedź na pierwsze pytanie nastrocza wielu trudności. Gdyby bowiem chodziło o szkodę majątkową powodującą cierpienia fizyczne i moralne, twierdzeniu takiemu można by zarzucić, że przecież nie zawsze krzywda wiąże się z uszczerbkiem w majątku poszkodowanego (nawet krzywda w ścisłym znaczeniu — jako konsekwencja na przykład naruszenia czci)⁹⁵. Gdyby uznać, że cierpienia fizyczne lub moralne są przyczyną szkody niemajątkowej, to całe cytowane twierdzenie pozbawione byłoby sensu. Uszczerbek niemajątkowy nie rodzi konsekwencji w postaci jakichś cierpień poszkodowanego, lecz na tych właśnie cierpieniach może,

⁹³ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 289. Inna, bardziej zadowalająca definicja szkody tego autora: „szkodę należy rozumieć potocznie, jako uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy dotykający osobę bez prawnego usprawiedliwienia”, tamże, s. 239. Autor przypomina, że definicję szkody zawiera kodeks cywilny austriacki. Jej treść pokrywa się właściwie z potocznym pojęciem szkody. Paragraf 1293 k.c.a. określa ją jako: „każdy uszczerbek, wyrządzony komuś na majątku, prawach lub osobie”, słowem — każdy uszczerbek. Regulacja austriacka ma charakter wyjątkowy, zasadniczo bowiem ustawodawcy krajowi unikają definiowania pojęcia szkody.

⁹⁴ Tak Z. Radwański: *Zadośćuczynienie pieniężne za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

⁹⁵ Postacią szkody majątkowej jest szkoda na osobie, polegająca na naruszeniu dóbr określonej osoby, w następstwie którego dochodzi do negatywnych następstw w majątku tej osoby, także wspólnie z krzywdą i odwrotnie — naruszenie dobra może, lecz nie musi, wiązać się z powstaniem majątkowej szkody na osobie. Tak G. Bienick, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, op. cit., s. 70.

między innymi, polegać. Gdybyśmy nawet dążyli do oddzielenia pojęć samych cierpień (jako pewnych negatywnych doznań psychicznych czy psychofizycznych) od szkody niemajątkowej (jako ich prawnego aspektu), bardziej uzasadnione zdawałoby się raczej odwrotne rozumowanie: to szkoda niemajątkowa byłaby konsekwencją cierpień, przykrości i niedogodności.

Drugie pytanie wymaga odpowiedzi przeczącej. Tu znów mamy do czynienia z mieszaniem problemu stosunku prawa do różnych rodzajów uszczerbków z problemem ich definiowania. Tam bowiem, gdzie prawo nie przewiduje odpowiedzialności za szkodę, tam autorzy uznają, że szkoda nie powstała. Jest to oczywistym błędem. Równie dobrze można by uznać, że w ogólnym reżimie odpowiedzialności kontraktowej dochowanie należytej staranności wyłącza możliwość powstania szkody. Fakt, że dłużnik nie ponosi prawnych konsekwencji swojego działania czy zaniechania, nie oznacza, rzecz jasna, braku ekonomicznych, ujemnych skutków po stronie wierzyciela. I tak, wyłączenie odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbki niemajątkowe, czy też pewne ich rodzaje, w żadnym wypadku nie gwarantuje, że taka szkoda *de facto* w ogóle nie wystąpi. Nawiasem mówiąc, omawiany problem unaocznia niezwykle wyraźnie, że w wielu sytuacjach, sfera prawna, poza wtórną kwestią samej odpowiedzialności, pozbawiona jest wpływu na sferę faktyczną.

W tym miejscu można pokusić się o próbę uniwersalnego zdefiniowania szkody i szkody niemajątkowej. Biorąc pod uwagę tempo procesu ujednolicania europejskich krajowych porządków prawnych, nie możemy spodziewać się wiążącej normy generalnej, właściwej przynajmniej zasadniczej części stosunków zobowiązaniowych, zbyt szybko. Jednakowoż, przykłady indywidualnych sytuacji (tak jak w sprawie *Leitner v. TUI*) wskazują na aktualną już potrzebę poszukiwania wspólnych wszystkim systemom krajowym punktów odniesienia dla podstawowych instytucji prawa umów.

Podsumowując poczynione wcześniej rozważania, niewątpliwie szkodą, także w sensie prawnym, jest pewien niepożądany, negatywny rezultat w sferze dóbr jednostki, wywołany wbrew jej woli czymś działaniem lub zaniechaniem. Przez szkodę należy rozumieć uszczuplenie dobra, niezależnie od tego, czy może być obliczona i wyrażona w pieniądzu⁹⁶. Możliwość zasądzenia odszkodowania będzie już zależna jedynie od tego, czy dany system prawny chroni dobro naruszone, słowem — czy istnieje prawo podmiotowe chroniące to dobro⁹⁷.

Szkoda niemajątkowa mieści się zatem zawsze w ramach ogólnego pojęcia szkody⁹⁸. Kryterium wyróżniającym jest charakter dobra naruszonego. Niezależnie

⁹⁶ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Poznań 1956, s. 3.

⁹⁷ Niezależnie od tego, czy przedstawia ono jakąś wartość majątkową, czy też nie. Tak F. Zoll: *Prawa osobiste w zarysie ze stanowiska prawa prywatnego austriackiego*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne, R. IV, Kraków 1903, s. 540. Autor postulował wprowadzenie wielu środków chroniących dobra niemajątkowe, między innymi roszczenie o ustalenie istnienia prawa podmiotowego chroniącego takie dobro.

⁹⁸ Z. Radwański: *Zobowiązania — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 87. Autor wyjaśnia, że „krzywdą” (unormowana w kodeksie cywilnym postać szkody niemajątkowej) nie jest pojęciem różnym od szkody, „zadośćuczyni-

zatem od faktu, czy jest to dobro prawem chronione (jak np. wszystkie dobra osobiste czy też pewien ich zamknięty katalog⁹⁹) czy też prawnie irrelewantne, naruszenie nie wpływa w żaden sposób na zmiany wartości majątku poszkodowanego¹⁰⁰. Szkoda niemajątkowa ma charakter subiektywny i nie poddaje się matematycznym czy ekonomicznym mechanizmom oceny¹⁰¹. Doktrynalne definicje szkody niemajątkowej koncentrują się na naruszeniu subiektywnych przeżyć człowieka: „zranienie uczuć”, krzywdę „idealną, psychiczną”¹⁰², „wszelkie bóle i cierpienia duchowe, wywołane w człowieku utratą lub nadwerżeniem jakiegokolwiek z posiadanych przezeń dóbr”¹⁰³, „naruszenie uczuć”¹⁰⁴, „każde cierpienie człowieka, które nie jest spowodowane przez stratę pieniężną”¹⁰⁵.

2.2. TYPOLOGIA SZKÓD NIEMAJĄTKOWYCH Z UWZGLĘDNIENIEM OBCYCH PORZĄDKÓW PRAWNYCH

Prawo polskie nie dysponuje ogólną zasadą odpowiedzialności kontraktowej za uszczerbek typu niemajątkowego. Dlatego, być może, dalsze rozróżnienia w granicach przedmiotowego pojęcia nie były w zasadzie przedmiotem głębszych rozważań doktryny. Szczególnie inspirujące okazują się osiągnięcia orzecznictwa sądów brytyjskich, poczynione na gruncie *common law* rozważania będą zatem zasadniczym źródłem próby poczynienia bardziej uniwersalnych konkluzji.

Dotychczas doktryna polska koncentrowała się na rozróżnieniu pomiędzy krzywdą a innymi uszczerbkami niemajątkowymi¹⁰⁶. Warto w tym miejscu poczynić kilka uwag dotyczących pojęcia krzywdy.

Jak już wcześniej wspomniano, termin „krzywda” jest terminem ściśle normatywnym, stąd jego zakres znaczeniowy na gruncie prawa nie pokrywa się z sensem językowym. Słownikowe znaczenia szkody i krzywdy nie znają praktycznie różnic i są niezwykle szerokie. Krzywda to „szkoda moralna, fizyczna lub materialna wyrządzona komuś niezasłużenie, bezprawnie; nieszcześćcie, niesprawiedliwość, obraza

nicie” — od odszkodowania, bowiem: „krzywda i zadośćuczynienie stanowią szczególną postać szkody i odszkodowania”.

⁹⁹ Prawo na przykład niemieckie przewiduje enumeratywny katalog dóbr, których naruszenie może skutkować powstaniem roszczenia o zadośćuczynienie (§ 253 ust. 2 BGB oraz § 823 BGB). W prawie polskim katalog ten jest otwarty (art. 448 k.c.).

¹⁰⁰ Podobnie: J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, op. cit., s. 313.

¹⁰¹ P. Bassetto Avallone: *The Award of Punitive and Emotional Distress Damages in Breach of Contract*, http://www.nesl.edu.intl/journal/vol8/avallone_v8n2.pdf.

¹⁰² S. Grzybowski: *Prawa osobistości. Encyklopedia podręczna prawa prywatnego*, t. III, z. 1, Warszawa 1957, s. 1245.

¹⁰³ E. Jarra: *Szkody moralne a polski kodeks zobowiązań*, Warszawa 1935, s. 4.

¹⁰⁴ M. Dubois: *Pretium doloris*, Paris 1935, s. 1.

¹⁰⁵ R. Savatier: *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, Paris 1951, s. 101.

¹⁰⁶ Krzywda jest pojęciem normatywnym, ustawa posługuje się tym terminem wprost w treści art. 448 k.c., szkoda niemajątkowa ma jedynie swój doktrynalny obraz.

dotykająca kogoś niesłusznie¹⁰⁷, szkoda to „strata materialna lub moralna, uszczerbek”¹⁰⁸. Widać wyraźnie, że określenie „krzywda” jest znaczenie silniej napiętnowane emocjami, ma szczególnie pejoratywny wydźwięk, co istotne — krzywdą nie jest uszczerbek spowodowany działaniem bądź zaniechaniem poszkodowanego, ma być bowiem wyrządzony „bezprawnie, niezasłużenie”, wbrew woli. Szkoda może mieć zatem wymiar jedynie ekonomiczny, oderwany od czyjejkolwiek odpowiedzialności cywilnej czy karnej. Ustawodawca uciekł od językowego sensu analizowanych pojęć, tworząc normatywny podtyp szkody w postaci krzywdy. Sytuacje faktyczne kreujące odpowiedzialność na podstawie art. 448 i 445 k.c. w sposób wyraźny wiążą się jednak ze słownikową definicją krzywdy.

Krzywdą w normatywnym sensie jest uszczerbkiem niemajątkowym, z wystąpieniem którego ustawa wiąże obowiązek zapłaty zadośćuczynienia¹⁰⁹.

Po pierwsze, krzywda jest według kodeksu cierpieniem fizycznym i psychicznym wywołanym uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia¹¹⁰ w sposób bezprawny¹¹¹. Powracając do przytoczonej wyżej definicji, jest to wypadek „szkody moralnej wyrządzonej niezasłużenie, bezprawnie”. Ten przypadek odpowiada austriackiej instytucji *Schmerzensgeld*¹¹².

Dalej, krzywda to cierpienia psychiczne wywołane pozbawieniem wolności bądź skłonieniem za pomocą podstępów do poddania się czynowi nierządному¹¹³.

Wreszcie, krzywdą w kodeksowym znaczeniu jest bezprawne i zawinione¹¹⁴ naruszenie dobra osobistego. Otwarty katalog dóbr osobistych pozostawia orzecznictwu dość szerokie pole do interpretacji¹¹⁵. Jak się jednak okazuje, ochrona taka ma również swoje ograniczenia i pewna grupa wartości niematerialnych, predestynowanych do bycia obiektem naruszeń nie będzie podlegać dyspozycji art. 448 k.c.

¹⁰⁷ Słownik języka polskiego, pod red. M. Szymczaka, Warszawa 1981.

¹⁰⁸ Tamże.

¹⁰⁹ Konsekwentnie w niniejszej pracy przyjęto, że krzywdą w znaczeniu prawnym są jedynie uszczerbki wymienione w treści art. 445 i 448 k.c. Podobne wnioski konstruowano na podstawie art. 157 § 3 k.z. Zob. Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 169.

¹¹⁰ G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 431.

¹¹¹ Należy przyjąć, że wina nie jest w przypadku odpowiedzialności na podstawie art. 445 w zw. z art. 444 k.c. przesłanką przyznania prawa do zadośćuczynienia, odpowiedzialność taka jest bowiem aktualna we wszelkich przypadkach uszkodzenia ciała i rozstroju zdrowia rodzących odpowiedzialność odszkodowawczą w ogóle, także na zasadzie ryzyka.

¹¹² Paragraf 1325 nie posługuje się jednak pojęciem krzywdy czy synonimicznym, a jedynie przyznaje prawo do zadośćuczynienia pieniężnego za ból w razie uszkodzenia ciała. Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 34.

¹¹³ Przyznanie prawa do zadośćuczynienia jest wyrazem ochrony wolności i integralności seksualnej jako dobra osobistego. Wydaje się, że regulacja art. 445 § 2 k.c. jest zbędna, wspomniane wartości mogłyby być bowiem chronione skutecznie na podstawie art. 448 k.c., podobnie jak pozostałe dobra osobiste. Wydaje się również, że przypadki pozbawienia wolności i „podstępnego” skłonienia do poddania się czynowi nierządному zawsze z natury swojej będą czynami zawinionymi. Zob. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 432.

¹¹⁴ Przesłanką odpowiedzialności za czyn niedozwolony jest, co do zasady, zawinienie (art. 415 k.c.).

¹¹⁵ Żądający zadośćuczynienia winien wskazać, nazwać, jakie konkretnie dobro osobiste zostało naruszone.

Poczynione wyżej rozważania obrazują, jak niewiele na temat rodzajów szkód niemajątkowych mówią w polskim systemie normy i jak niewiele na ich podstawie ma do powiedzenia doktryna. O ile w zakresie odpowiedzialności deliktowej doczekaliśmy się pewnych specjalistycznych opracowań dotyczących uszczerbku niemajątkowego, o tyle na gruncie odpowiedzialności kontraktowej panuje kompletna naukowa pustka.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że poczynione dotychczas w literaturze uwagi na temat samej krzywdy jako podtypu szkody niemajątkowej są zupełnie nieprzydatne, biorąc pod uwagę charakter uszczerbków niemajątkowych reprezentatywnych dla niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania umownego. W sytuacji pokrzywdzenia rozwiązanie problemu zasądzenia zadośćuczynienia może być w prosty sposób osiągnięte dzięki zbiegowi norm deliktowych i kontraktowych. Istnieją jednak takie rodzaje szkód niemajątkowych, które nie mogą być chronione w sposób bezwzględny¹¹⁶.

W okresie powojennym idea ochrony strony stosunku obligacyjnego przed naruszeniami interesów niemajątkowych spotykała się z wyraźną dezaprobatą¹¹⁷. Zmiana systemu gospodarczego, a za nią — przemiany społeczne, przewartościowania oraz podwyższenie standardów świadczonych usług i ochrony konsumenta zmuszają obecnie do gruntownej weryfikacji poglądów w omawianym zakresie. Aksjologiczne podstawy regulacji normatywnych jako element systemu prawnego są pozbawione cechy autonomiczności zmieniają się¹¹⁸. Stąd — zmiana hierarchii wartości w prawie nieuchronnie musi prowadzić do nowelizacji. Szkada niemajątkowa jest szkodą realną, a jej znaczenie jako konsekwencji braku świadczenia bądź świadczenia wadliwego często jest większe niż określone straty ekonomiczne. Sam problem z jej pieniężnym oszacowaniem nie powinien być przyczyną braku jakiegokolwiek ochrony prawnej¹¹⁹. Nie jest obecnie również zasadne twierdzenie, że żądanie odszkodowania stanowi w takim wypadku okazję do uwzględniania „błahych, mieszczańskich nawyków, wrażliwości i przesądów”¹²⁰. Owe „błache, mieszczańskie wrażliwości” mogą mieć niezwykle zróżnicowany charakter i fundamentalne znaczenie.

W dalszych rozważaniach szczególnie przydatne okazują się osiągnięcia orzecznicze sądów brytyjskich. Można dokonać na podstawie ich analizy interesującej dywersyfikacji szkód niemajątkowych w stosunku obligacyjnym na: rzeczywiste uszczerbki niemajątkowe i uszczerbki w postaci utraty spodziewanej korzyści

¹¹⁶ Przyjmując model bezwzględnej ochrony, należałoby siłą rzeczy zaakceptować twierdzenie, że prawo żądania niewadliwego świadczenia na podstawie umowy ma również charakter bezwzględny.

¹¹⁷ Zob. krytyczne stanowisko Z. Radwańskiego: *Zadośćuczynienie...*, op. cit.

¹¹⁸ K. Pałeczki: *Zmiany w aksjologicznych podstawach prawa jako wskaźnik jego tranzycji* (w:) *Dynamika wartości w prawie*, pod red. K. Pałeczki, Kraków 1997, s. 21.

¹¹⁹ R. Holmes, *Mental Distress Damages for Breach of Contract*, [http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35\(3\)/Holmes.pdf](http://www.vuw.ac.nz/law/documentation/PDFS%20AND%20ATTACHMENTS/VUWLR%20PDFS/35(3)/Holmes.pdf). Zob. także: S. Galand-Carval: *Non Pecuniary Loss under French Law* (w:) *Damages for Non — Pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, red. W.V. Horton Rogers, Vienna-New York 2001, s. 87.

¹²⁰ Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 97.

w sferze osobistej. Grupa pierwsza („niemajątkowa rzeczywista strata”) dotyczy sytuacji, w których wadliwe świadczenie bądź jego brak doprowadziły do pogorszenia stanu wyjściowego poszkodowanego — były źródłem niezadowolenia, psychicznego dyskomfortu, przykrości, zmartwień psychicznych¹²¹, wreszcie — krzywdy w znaczeniu, jakie przypisuje jej kodeks cywilny, a zatem cierpienia, bólu, poniżenia, wstydu. Grupa druga dotyczy utraconej korzyści, uszczerbki takie można nazwać „niemajątkowym *lucrum cessans*”¹²². Szkoda polega w tym przypadku na utracie profitu w postaci przyjemności, zaspokojenia pragnień, słowem, okoliczności, w których stan poszkodowanego w ten sposób nie tyle uległ pogorszeniu, co nie został wzbogacony pozytywnymi doznaniem, jakich miało dostarczyć spełnienie świadczenia¹²³. Takie sytuacje wystąpią na przykład w przypadku umów o imprezę turystyczną, umów o dzieło (malarskie, fotograficzne), umów polegających na świadczeniu w postaci zorganizowanych imprez okolicznościowych (sylwester, bal matu-ralny, impreza rocznicowa etc.).

W wypadkach niemajątkowych szkód „rzeczywistych” stosunkowo często dochodzi do zbiegu odpowiedzialności deliktowej z kontraktową. Utracony niemajątkowy zysk jest natomiast właściwy jedynie zobowiązaniom umownym¹²⁴. Jak się okazuje zatem, problem powstawania uszczerbków tego rodzaju pozostaje w prawie polskim bez jakiegokolwiek reakcji ustawodawcy¹²⁵.

Oczywiście, zdarza się niezwykle często (rzec by można — jest to wręcz zasada), że uchybienia po stronie świadczącego mają skutek mieszany. Trudno w takiej sytuacji oddzielić rzeczywiste pokrzywdzenie od jedynie pozbawienia pewnych emocjonalnych korzyści. Kwestia ta nie jest zupełnie bez znaczenia, biorąc pod uwagę fakt, iż w większości systemów prawnych żądania rekompensaty uszczerbków pierwszej grupy mogą być skutecznie egzekwowane.

Z punktu widzenia odpowiedzialności sprawcy szkody wyżej nakreślony podział okazał się niewystarczający. *Common law* wyróżnia w zakresie odpowiedzialności za *breach of contract* trzy dalsze typy szkód niemajątkowych¹²⁶:

¹²¹ Ch. von Baar: *Grundregeln des Europäischen Vertragsrecht*, Teile II, München 2002, s. 529.

¹²² Pośrednią definicję tego rodzaju szkody niemajątkowej znajdujemy w art. 651f ust. 2 BGB, przyznającym prawo do pieniężnej rekompensaty za utracony spodziewany pożytek w sferze osobistej (*nutzlos aufgewendeter Urlaubszeit*, ang. tłumaczenie: *holiday time spent fruitlessly*). Zob. M. Nesterowicz: *Zadośćuczynienie pieniężne...*, *op. cit.*, s. 74.

¹²³ M. Chen-Wishart (w:) *Contract Law*, Oxford University Press 2006, s. 537, ujmuje tę kwestię bardzo podobnie: „Non-pecuniary loss may refer positively to the failure to obtain satisfaction and injoyment (also known as ‘personal preference or the ‘consumer surplus’) or negatively to annoyance, anger, frustration disappointment, distress, and loss of reputation consequential on breach”.

¹²⁴ R. Trzaskowski: *Zadośćuczynienie za krzywdę...*, *op. cit.*, s. 34.

¹²⁵ Zob. pkt 2.

¹²⁶ Konstruowane na podstawie wyjątków od tzw. zasady Addis skonstruowanej na bazie orzeczenia w sprawie *Addis v. Gramophone Co Ltd.* z 1909 r., o której szczegółowo będzie jeszcze mowa.

- a) *consequential not being worse off non-pecuniary damage*¹²⁷ — dyskomfort psychiczny wynikający w sposób bezpośredni z fizycznej niewygody powstałej w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania (*harm flowing naturally from the breach of contract, foreseeable consequential loss*);
- b) *consequential not being better off non-pecuniary damage*¹²⁸ — szkody niemajątkowe powstałe na gruncie umów, których celem zawarcia jest osiągnięcie korzyści niemajątkowej (*the object of the contract was to provide pleasure, peace of mind or sentimental benefit*); pojęcie „contracts with a mental benefit” wykrystalizowało się na gruncie tzw. *holiday cases*; zostało szybko rozszerzone w orzecznictwie także na wszelkie przypadki tzw. *loss of amenity*, czyli „utruty ułatwienia”; w sytuacji gdy określona usługa ma dla konsumenta wartość szczególną, niekorespondującą (przynajmniej nie zawsze) z ceną¹²⁹, mówimy o istnieniu jej tzw. rozszerzonej użyteczności (*consumer surplus*); utrata owej użyteczności ma charakter uszczerbku niemajątkowego, gdyż walor ten¹³⁰ jest oderwany od rzeczywistej, ekonomicznej wartości przedmiotu świadczenia, jego ceny czy też powszechnie przyjętej użyteczności¹³¹;
- c) szkody niemajątkowe będące skutkiem wadliwego świadczenia bądź braku świadczenia, które nie były ich bezpośrednią konsekwencją, na przykład dyskomfort psychiczny spowodowany koniecznością naprawy, wymiany, przebudowy¹³², ani nie dają się zakwalifikować jako „holiday case”.

Nakładając zakresy opisanych typologii, nietrudno spostrzec, że pozostają one w stosunku krzyżowania. I tak, szkoda niemajątkowa powstała w trakcie imprezy turystycznej („holiday case”) może polegać zarówno na krzywdzie, jak i utraceniej

¹²⁷ R. Holmes: *Mental Distress...* Samo pojęcie *consequential loss* ma znacznie szerszy wymiar. Odnosi się bowiem do wszelkich uszczerbków, których doznała strona umowy na skutek *breach of contract*, a nie tkwią w samym przedmiocie świadczenia, może się również przejawiać w utracie tego, co spodziewała się uzyskać, stąd pojęcie *expectation damage* ma znaczenie nadrzędne (obejmuje nie tylko wszelkie wypadki *consequential damage*, ale także szkodę wynikłą z wadliwości przedmiotu świadczenia lub jego nieuzyskania). Zasadą w systemie *common law* jest rekompensowanie szkód właśnie w zakresie *expectation interest*.

¹²⁸ Tamże. Tego rodzaju szkoda jest również uszczerbkiem o charakterze *consequential damage*.

¹²⁹ P. Bowal: *Legal Remedies for Spoiled Vacations*, LawNow, September/October 2006.

¹³⁰ Wartość określana w doktrynie polskiej jako „wartość szczególna” (czy też *pretium singulare*) jest pojęciem w pewnym stopniu zbliżonym do *consumer surplus*, gdyż nie wynika z indywidualnych, ekonomicznych walorów danego przedmiotu. Należy jednak podkreślić, że *pretium singulare* ma charakter wartości obiektywnej i nie musi być właściwe jedynie stosunkom konsumenckim (zob. R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, op. cit., s. 292). *Consumer surplus* bardziej ostatecznie w znaczeniu swoim przypomina utratę *pretium affectionis* — szkodę niemajątkową związaną ze szczególną, subiektywną wartością rzeczy dla danej osoby. Nie są to jednak pojęcia tożsame; podczas gdy system *common law* opowiada się za rekompensatą *consumer surplus* ze względu na szczególny charakter stosunku prawnego łączącego poszkodowanego konsumenta i świadczącego usługę, odmawia takiej rekompensaty za szkody oparte na wartości sentymentalnej związanej z oczekiwaniami wobec przedmiotu świadczenia (zob. A.H. Kastely: *Compensation for Lost Aesthetic and Emotional Enjoyment: a Reconsideration of Contract Damages for Nonpecuniary Loss*, 8 University of Hawai'i Law Review 1, 3, 1986). *Pretium singulare* ma niewątpliwie charakter majątkowy i obiektywny, *pretium affectionis* — jak każda szkoda niemajątkowa — subiektywny.

¹³¹ B. Sangha, B. Moles: *Can Contract Law Protect Individual Rights and Preferences?*, 10 Bond Law Review 1998, s. 46.

¹³² Tak na przykład w sprawie *Knott v. Bolton*, [1995] 45 Con Law Review 127.

przyjemności, podobnie — nienależyte świadczenie w wykonaniu innego rodzaju umowy może pozbawiać określonej spodziewanej korzyści w sferze emocjonalnej. Fakt ten nie determinuje jeszcze dopuszczalności zasądzenia pieniężnej rekompensaty na wszystkie wspomniane uszczerbki. Orzecznictwo sądów angielskich wypracowało wiele dodatkowych przesłanek warunkujących prawo do odszkodowania¹³³.

Trudno jednoznacznie wskazać kryteria kwalifikacji szkody jako *expectation damage*. Nie wiadomo, czy cel w postaci tego rodzaju korzyści ma być jedynym celem zawarcia umowy, jej celem zasadniczym, istotnym celem¹³⁴; czy wystarczy, by wynikał z charakteru umowy czy może konieczne jest umowne jego zastrzeżenie. Logiczne jest, że ostatnia uwaga powinna być wykluczona¹³⁵. Świadczenie usługodawcy nie polega na dostarczeniu przyjemności, owa przyjemność jest bowiem jedynie konsekwencją jego staranności. Można śmiało powiedzieć, że osiągnięcie pewnego komfortu psychicznego (przynajmniej w subiektywnym odczuciu strony stosunku zobowiązaniowego) zawsze jest pewnym celem zawarcia umowy, stawianym na wyższym lub niższym miejscu w hierarchii wartości „wewnątrzkontraktowych”, rzadko jednak jest jej „sercem”. Wydaje się niestety, że poszukiwanie jasnych kryteriów jest w tym zakresie skazane na niepowodzenie. Pozostają jedynie zasady obiektywizmu i zdrowego rozsądku, a i te również ze względu na swój abstrakcyjny i generalny charakter nie gwarantują prawidłowego rozstrzygnięcia problemu.

Umowy, z istoty których wynika cel w postaci uzyskania korzyści niemajątkowej, są typem szczególnym. Tu bowiem okazuje się, że tradycyjne mechanizmy rekompensaty jak na przykład obniżenie ceny czy prawo odstąpienia od umowy są zupełnie nietrafione. Niekiedy nawet okazuje się, że podczas gdy szkoda majątkowa przedstawia niewielką wartość, bądź nie doszło do jej powstania w ogóle, zasadniczą rolę odgrywa pokrzywdzenie typu niemajątkowego¹³⁶.

Do wielu interesujących wniosków skłania treść uzasadnienia orzeczenia w sprawie *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*¹³⁷ „Wysokością” szkody niemajątkowej jest, zgodnie z wyrażonym w nim twierdzeniem, różnica wartości pomiędzy tym, za co poszkodowany zapłacił, a tym, co faktycznie uzyskał. W przypadku kontraktów „with a mental benefit” cena odzwierciedlałaby także wartość spodziewanych korzyści niemajątkowych i to korzyści, jakich może oczekiwać człowiek rozsądnie oceniający sytuację i warunki umowy¹³⁸, gdzie cena jest jedynym miernikiem wartości utraconej

¹³³ Zob. pkt 2.

¹³⁴ Lord Stern w uzasadnieniu orzeczenia *Farley v. Skinner* ([2001] 3 W.L.R.899) uznaje, że wystarczy, by korzyść niemajątkowa była głównym lub istotnym przedmiotem umowy i celem jej zawarcia („major or important object and the part of the reason for contracting”), nie musi być, rzecz jasna zatem, celem wyłącznym.

¹³⁵ Choć zastrzeżenie wprost w treści umowy w znacznym stopniu wpływa na wzrost przewidywalności wystąpienia uszczerbku niemajątkowego.

¹³⁶ Zob. pkt 2.5.

¹³⁷ [1973] Q.B. 223.

¹³⁸ Wykluczone są zatem wypadki rekompensaty za utraconą wartość „szczególnego upodobania”, jest z kolei jak najbardziej uzasadnione zaufanie zapewnieniom poczynionym przez świadczącego usługę. Tak między innymi w orzeczeniu *Stedman v. Swan's Tours*, [1951] 95 S.J. 727.

korzyści niemajątkowej. Wydaje się, że takie prezentowanie problemu prowadzi do nadmiernej komercjalizacji umowy. Sądy angielskie wciąż jednak przywiązują szczególną wagę do ochrony zaufania kontraktowego. Niezależnie zatem od tego, na ile kontrahent jest godny zaufania, poczynione przez niego obietnice są wiążące jako element umowy, stąd ich niespełnienie może być przyczyną powstania szkody niemajątkowej i rodzi odpowiedzialność cywilnoprawną. Problem zasad takiej odpowiedzialności zostanie jednak szczegółowo omówiony w innym miejscu.

Zróznicowanie stanów faktycznych daje olbrzymie pole dla tworzenia licznych, mniej lub bardziej przydatnych w generalnym ujęciu, zawsze jednak koniecznych ze względu na potrzebę rozstrzygnięcia konkretnego problemu, klasyfikacji. I tak możemy wyróżnić dalej¹³⁹:

- a) *aggrevated damage for mental distress* — to szkody niemajątkowe między innymi w stosunkach profesjonalnych (*commercial contrats damages*) — pozostające poza rozsądnym przewidywaniem stron stosunku prawnego, będące ubocznym skutkiem braku świadczenia bądź świadczenia wadliwego¹⁴⁰; psychiczne dolegliwości są w tym wypadku elementem ryzyka gospodarczego; generalnie także termin ten służy określeniu uszczerbków w postaci jedynie poirytowania, zdenerwowania, złości;
- b) *compensatory damage for mental distress* — szkody niemajątkowe podlegające kompensacie, określenie używane zwykle dla określenia uszczerbków w stosunkach konsumenckich — *damage being a reasonably foreseeable consequence of breach, personal contract damages*.

Jak łatwo zauważyć, „compensatory damages” to te uszczerbki, które powstają na gruncie „contracts with a mental benefit”, umów, których celem było zapewnienie korzyści niemajątkowej, w tym wszystkich „holiday cases”.

Brak właściwie przeciwwskazań ku szerszemu wykorzystaniu dorobku orzeczniczego *common law* celem prowadzenia dalszych rozważań nad postawionym we wstępie postulatem. Dywersyfikacja w zakresie pojęcia uszczerbku niemajątkowego była możliwa poprzez stosowanie prawa. Ustawodawstwo polskie w treści swojej uniemożliwiło rozwój myśli doktrynalnej w dyskutowanym zakresie. Dopiero przybierająca na sile dynamika trendów normatywnych związana z rozwojem sektora usług konsumenckich, jak również zdecydowana orientacja na rzecz ujednolicania porządków prawnych w ramach Wspólnoty Europejskiej stały się motywem do nieco śmielszych niż dotychczasowe rozważań. Zbliżenie ustawodawstw w ramach reżimu odpowiedzialności odszkodowawczej powinno rozpocząć się już

¹³⁹ Zob. orzeczenie w sprawie *Fidler v. Sun Life Assurance*, precedensowym w stosunku do zasady odmawiającej prawa do rekompensaty szkody niemajątkowej w stosunkach profesjonalnych.

¹⁴⁰ C. Schmitz, *Mental distress, yes, punitive damages, no*, <http://www.arvayfinlay.com/newa/news-jul-14-2006.htm>. Autor stwierdza, że nie jest niczym nadzwyczajnym irytacja i zdenerwowanie spowodowane nieudaną czy niezrealizowaną transakcją („It is not unusual that a breach of contract will leave the wronged party feeling frustrated or angry”).

znacznie wcześniej poprzez „świadome i nieświadome zapożyczenia”¹⁴¹, konfrontację i wymianę informacji oraz konieczność orzekania w sporach transgranicznych¹⁴². Wydaje się niestety, na podstawie pobieżnej analizy dostępnych źródeł poznania prawa, że Polska w tym etapie w ogóle nie uczestniczyła¹⁴³.

Z zupełnie innych przyczyn, brak jest praktycznych rozróżnień w ramach pojęcia szkody niemajątkowej w orzecznictwie francuskim. Szeroka wykładnia art. 1382 Code civil czyni takie zabiegi zupełnie zbytecznymi, poszkodowany może bowiem żądać rekompensaty za każdy rodzaj uszczerbku niemajątkowego. Judykatura francuska powoli przestaje czynić jakiegokolwiek dystynkcje także pomiędzy szkodą majątkową i niemajątkową, traktując żądania poszkodowanego jako jedno roszczenie¹⁴⁴. Jednak tutaj również możemy doszukać się ciekawych uwag orzecznictwa, wyróżniającego:

- a) szkody będące skutkiem naruszenia „zewnętrznych i publicznych” uczuć¹⁴⁵;
- b) szkody powstałe na skutek naruszenia uczuć prywatnych, osobistych¹⁴⁶.

Same zaś skargi z żądaniem odszkodowania na:

- a) składane przez samego poszkodowanego;
- b) składane przez osoby najbliższe poszkodowanemu¹⁴⁷.

Doktryna francuska wyodrębnia w ramach szkody niemajątkowej¹⁴⁸:

- a) ból, cierpienie, naruszenie integralności cielesnej — w ramach nich: *pretium doloris*¹⁴⁹, utrata radości życia¹⁵⁰;
- b) czasowe lub stałe osłabienie;
- c) szkodę estetyczną;

¹⁴¹ B. Markesinis: *General Theory of Unlawful Acts* (w:) *Towards a European Civil Code*, red. A.S. Hesselink, Nijmegen 1994, s. 286.

¹⁴² M. Bona: *Towards the „europeanisation” of personal injury compensation?* (w:) *Personal Injury Compensation in Europe*, Deventer, Kluwer 2003.

¹⁴³ Choć niektórzy autorzy od wielu lat postulują wykorzystanie osiągnięć interpretacyjnych w obcych porządkach prawnych. Tak na przykład: M. Nesterowicz: *Umowa o podróż* (w:) *System prawa prywatnego*, t. 7, Warszawa 2004, s. 802 oraz T. Dybowski (w:) *System prawa prywatnego*, t. III, cz. 1, Wrocław–Warszawa 1981, s. 237–238.

¹⁴⁴ J. Luzak, K. Osajda: *Odpowiedzialność za zmarnowany urlop...*, *op. cit.*, s. 328.

¹⁴⁵ Przykładem w prawie polskim może być rozróżnienie na część „zewnętrzną” (dobre imię, renoma) i część „wewnętrzną” (godność osobista). Zob. A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 101; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 1971 r. (OSNCP 1971, poz. 188); podział wywodzi się z doktryny szwajcarskiej: A. Egger: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 1930, art. 28.

¹⁴⁶ Report No 18 of Law Commission, *Aspects of damages: Employment Contracts and the Rule in Addis v. Gramophone Co*, Appendix G, 1991 Wellington, New Zealand.

¹⁴⁷ Nie chodzi w tym wypadku o zastępstwo procesowe, lecz o sytuację, w której szkoda po stronie osoby bliskiej jest jednocześnie przyczyną powstania uszczerbku niemajątkowego po stronie skarżącego (przykładem takiego zdarzenia może być śmierć osoby bliskiej, jej kalectwo, poważna choroba).

¹⁴⁸ Na podstawie: M. Cannarsa: *Compensation for Personal Injury in France*, <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2002/Cannarsa.pdf>.

¹⁴⁹ Ból fizyczny (tutaj dochodzi do gradacji: bardzo lekki, lekki, umiarkowany, średni, dosyć ciężki, ciężki, bardzo ciężki) i cierpienia psychiczne.

¹⁵⁰ *Préjudice d'agrément*; pod pojęciem to podpadają również wszelkie przypadki „utruty przyjemności” (także na przykład utrata przyjemność wypoczynku).

- d) szkodę polegającą na naruszeniu nietykalności seksualnej;
- e) utratę zdolności zarobkowania, możliwości wykonywania wybranego zawodu, możliwości samodzielnego prowadzenia gospodarstwa domowego;
- f) utratę perspektyw życiowych¹⁵¹.

W tej części pominięto problematykę komercjalizacji stosunków obligacyjnych celem spieniężenia uszczerbku niemajątkowego, do jakiej dochodzi na gruncie prawa niemieckiego¹⁵².

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Leitner v. TUI*¹⁵³ przedstawia własną koncepcję szkody niemajątkowej i zróżnicowania w ramach przedmiotowego pojęcia. Uszczerbek niemajątkowy może zatem:

- a) wynikać ze szkody na osobie (*arising from personal injury*);
- b) polegać na dolegliwości innego rodzaju niż ból i cierpienie fizyczne.

Do drugiej grupy z pewnością zaliczymy „utracone korzyści niemajątkowe” (w przypadku sprawy *Leitner* była to utracona przyjemność wypoczynku poszkodowanej). Jak słusznie podniesiono, takie rozróżnienie może być modelem uniwersalnym dla wszystkich sądów krajowych¹⁵⁴.

Dodać należy jednak, że z punktu widzenia ewentualnych zasad odpowiedzialności, podział taki może okazać się zbyt generalny. Pierwsza grupa uszczerbków odpowiada krzywdzie w polskim kodeksie cywilnym. *Personal injury* oznacza szkodę na osobie, ta może być natomiast zarówno szkodą majątkową, jak i niemajątkową. Ów uszczerbek niemajątkowy musi wynikać z fizycznego uszkodzenia ciała. Krzywda, jak już wcześniej podniesiono, wiąże się także między innymi z naruszeniem dobra osobistego, stąd uprawniona jest konstatacja, że uszczerbek niemajątkowy wynikający z uszkodzenia ciała ma węższy zakres znaczeniowy od krzywdy. Przykrości związane na przykład z naruszeniem godności ludzkiej musiałyby być zakwalifikowane do drugiej grupy „dolegliwości innego rodzaju niż ból i cierpienie fizyczne”.

2.3. POWSTANIE SZKODY NIEMAJĄTKOWEJ — NIEWYKONANIE LUB NIEWŁAŚCIWE WYKONANIE ZOBOWIĄZANIA

Szkoda niemajątkowa, której powstanie rodzi odpowiedzialność cywilnoprawną, może mieć dwojakie źródło — odpowiednio do źródeł odpowiedzialności za szkodę w ogóle — jest nim potencjalnie bądź czyn niedozwolony, bądź niewyko-

¹⁵¹ Na przykład na skutek zarażenia wirusem HIV.

¹⁵² Koncepcja „utraconej korzyści w sferze osobistej” jako szkody majątkowej została szczegółowo opisana w pkt 2.

¹⁵³ ECR 2002, s. I — 263 i n.

¹⁵⁴ Tamże.

nanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania¹⁵⁵. W dalszych rozważaniach pominięte właściwie zostaną wypadki źródeł deliktowych i zbiegu norm kreujących odpowiedzialność, ze względu na brak ścisłej zbieżności z przedmiotowymi ramami pracy. Poczynione ewentualne uwagi w tym zakresie służą jedynie pełniejszemu zobrazowaniu problematyki niewykonania zobowiązania lub świadczenia wadliwego jako przyczyny uszczerbku o charakterze niemajątkowym; w każdym razie, konieczne było ograniczenie ich do niezbędnego minimum.

Uporządkowanie klasyfikacji uszczerbków niemajątkowych pozwala na ocenę częstotliwości ich występowania w poszczególnych typach stosunków umownych. Owa częstotliwość z kolei jest zasadniczą miarą podmiotowej i przedmiotowej zdolności bycia poszkodowanym.

Primo należy stanowczo podkreślić, że szkoda niemajątkowa może mieć swoje źródło poza stosunkiem zobowiązaniowym także wówczas, gdy nie został popełniony czyn niedozwolony. Jak uprzednio stwierdzono, powstanie uszczerbku nie musi wiązać się z odpowiedzialnością cywilnoprawną. Wynika to z faktu, że zjawisko powstania szkody jest właściwie zjawiskiem obiektywnym i pozaprawnym. Nierzadkie są wcale przypadki „wyrządzenia sobie szkody”, fizycznego zranienia, także emocjonalnego. Taka osoba niewątpliwie poniosła szkodę czy to w postaci materialnej, czy też jedynie w sferze jej psychiki. Oczywiście, nikt nie ponosi odpowiedzialności za skaleczenie podczas prac kuchennych, niepowodzenia w szkole czy zerwane zaręczyny. Tylko zatem wystąpienie określonego układu faktycznego pozwala niekiedy wiązać ów uszczerbek z działaniem lub zaniechaniem drugiej strony stosunku zobowiązaniowego.

Łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której klient na przykład biura podróży staje się w trakcie spędzania urlopu poszkodowanym (traci oczekiwaną przyjemność wypoczynku) „na własne życzenie”, poprzez samodzielne działanie, na które świadczący usługę nie ma żadnego wpływu i w żaden sposób nie może mu zapobiec. Obiektywnie rzecz biorąc, klient nie został wzbogacony o pozytywne doznania związane z wypoczynkiem, pobytem w restauracji, wizytą w teatrze etc. Ów uszczerbek nie wynika z braku świadczenia bądź z jego wadliwości. Pomimo dochowania należytej staranności przez świadczącego, faktyczny i zasadniczy cel umowy nie został osiągnięty. Trudno w takiej sytuacji jednocześnie przyjąć, że świadczenie było niekompletne. Dlatego należy stanowczo wykluczyć całkiem popularną, zwłaszcza w orzecznictwie niemieckim, ale również w doktrynie polskiej tezę, jakoby „korzyść w sferze osobistej” należała do treści stosunku prawnego¹⁵⁶.

¹⁵⁵ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, *op. cit.*, s. 15. Podział taki ma charakter uproszczony, nie uwzględnia zobowiązań powstałych na przykład na skutek bezpodstawnego wzbogacenia czy czynności jednostronnych. Należy jednak przyjąć, że wspomniane źródła pełnią w zakresie odpowiedzialności cywilnoprawnej zasadniczą rolę.

¹⁵⁶ Tak m.in. T. Dybowski: *System...*, *op. cit.*, s. 237. Autor stwierdza, że pewna forma wypoczynku lub przyjemności przybiera postać świadczenia wyrażonego w cenie zakupu. Pogląd ten stanowczo odrzuca A. Szpunar

Z punktu widzenia aktualnych rozważań, interesujące jednak będą te przypadki, w których, przynajmniej potencjalnie, powstanie szkody niemajątkowej będzie związane z brakiem oczekiwanego zachowania drugiej strony umowy. Natomiast ogólne warunki odpowiedzialności kontraktowej można określić jako następujące:

- a) szkoda niemajątkowa musi mieć charakter realny;
- b) zdarzenie sprawcze — zachowanie dłużnika sprzeczne z treścią umowy powinno pozostawać ze szkodą w adekwatnym związku przyczynowym;
- c) z przepisów prawa lub postanowień umowy musi wynikać, że dłużnik ponosi odpowiedzialność za szkodę niemajątkową¹⁵⁷.

Jak łatwo spostrzec, szkoda jest owocem relacji o charakterze prawnym pomiędzy co najmniej dwoma podmiotami. Podstawowe przesłanki są takie same w reżimie odpowiedzialności *ex delicto*¹⁵⁸. Na nich jednak w zasadzie podobieństwa się kończą. Różnicą wyjściową jest wtórny charakter szkody wynikłej *ex contractu*. Można zatem powiedzieć, że ani strony, ani ustawodawca nie zakładają, że do powstania szkody w ogóle dojdzie. O ile w reżimie deliktowym zatem węzeł prawny bez szkody po prostu nie powstanie, o tyle stosunek umowny może doskonale funkcjonować bez niej, co istotniejsze — stan taki jest pożądany.

Pierwsza z przesłanek wymaga odniesienia się do pewnych kryteriów generalnych. W przypadku szkód niemajątkowych, ze względu na ich niematerialny charakter, ocena, czy do powstania uszczerbku w ogóle doszło, jest szczególnie problematyczna, zwłaszcza w przedmiocie jej wymiaru. O ile w stosunkowo łatwy sposób można ocenić, czy doszło do szkody majątkowej, o tyle uszczerbek typu niemajątkowego jest „niewidoczny dla oka” i niemożliwy dla metod ekonomicznego szacunku. Oczywiście sam brak świadczenia bądź jego wadliwość jest pewną wskazówką, która sugeruje, że być może ucierpiały również uczucia bądź zawiodły oczekiwania, choć to nie wystarczy. Stwierdzenie, czy doszło do powstania uszczerbku niemajątkowego, ułatwia ponadto:

- a) charakter i treść stosunku umownego;
- b) fakt poniesienia równocześnie szkody majątkowej, w szczególności zaś szkody na osobie¹⁵⁹.

Sama szkoda niemajątkowa może powstać w stosunku do osoby jako rezultat uszczerbku majątkowego na osobie, jak również w konsekwencji szkody majątkowej na rzeczy.

(w:) *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 70, jako nadmiernie i kontrfaktycznie rozszerzające znaczenie pojęcia szkody majątkowej.

¹⁵⁷ W. Czachórski: *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 319.

¹⁵⁸ Tamże, s. 318.

¹⁵⁹ W tej sytuacji dojdzie do zbiegu reżimów odpowiedzialności. Niewątpliwie jednak, z uszkodzeniem ciała lub naruszeniem jego czynności ustawodawca wiąże odpowiedzialność za szkodę niemajątkową wprost. Można zatem przyjąć, że taka sytuacja została uznana za szczególnie predestynowaną do bycia źródłem szkody niemajątkowej (rodzące ból, niedogodności, cierpienie). Sam fakt uszkodzenia ciała nie determinuje jednak obowiązku rekompensaty za szkodę niemajątkową, zasądzenie zadośćuczynienia jest bowiem fakultatywne. Zob. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, op. cit., s. 430.

Realny charakter szkody niemajątkowej nie oznacza obiektywizowania jej, gdyż, jak już we wstępie stwierdzono, uszczerbek taki z natury swojej ma zawsze charakter subiektywny¹⁶⁰.

Problem niewykonania zobowiązania (*non-performance*, *Pflichtverletzung*, *violation of an obligation*, *l'obligation est de ne pas faire*) wymaga dłuższej chwili uwagi. Oczywiście, samo określenie źródła odpowiedzialności ma dość złożony charakter. Faktyczne niewykonanie zobowiązania nie zawsze też oznacza to samo co niewykonanie zobowiązania w sensie normatywnym.

Do naruszenia umowy dochodzi wówczas, gdy strona zobowiązana odmawia wykonania świadczenia, uniemożliwia jego wykonanie lub, co prawda, wykonuje je, lecz niezgodnie z treścią umowy¹⁶¹.

Niewykonaniem zobowiązania według prawa polskiego jest brak spełnienia świadczenia w sytuacji, gdy wierzyciel miał prawo oczekiwać, że dłużnik spełni obciążający go obowiązek. Nienależyte wykonanie zobowiązania polega z kolei na sytuacji, w której świadczenie jest co prawda spełnione, lecz nie jest ono prawidłowe, gdyż odbiega w mniejszym lub większym stopniu od treści specyfikacji wierzyciela¹⁶². Nienależyte spełnienie świadczenia może mieć postać niezwykle zróżnicowaną, może polegać na niedochowaniu terminu, miejsca spełnienia świadczenia, sposobu, jak również jakości.

Problem źródła odpowiedzialności kontraktowej jest w detalach zróżnicowany na gruncie poszczególnych porządków prawnych i trudno znaleźć dla niego jakieś jednolite, uniwersalne znaczenie.

System *common law* ujmuje kwestię naruszenia stosunku umownego nieco szerzej niż prawo polskie. Z *breach of contract* mamy zatem do czynienia, gdy strona nie wykonuje (*actual breach*) lub daje podstawy sądzić, że nie wykona przynajmniej jednego z obowiązków umownych¹⁶³ (*anticipatory breach*). Przy czym *breach of contract* jest pojęciem węższym od samego niewykonania zobowiązania, oznacza bowiem jedynie takie naruszenie, które dokonane zostało bez prawnego uzasadnienia¹⁶⁴.

Actual breach może przybrać formę niewykonania zobowiązania, nienależytego wykonania zobowiązania lub złożenia nieprawdziwego oświadczenia w treści

¹⁶⁰ Stąd, rekompensata pieniężna, w wysokości z reguły zobiektywizowanej, nie koreluje z wymiarem szkody niemajątkowej. Oczywiście, można iść dalej, z twierdzeniem, zupełnie słusznym, że odszkodowanie pieniężne w ogóle nie jest odpowiednim środkiem zaradczym. W sytuacji jednak nieodwracalności naruszenia, pozostaje, jak się okazuje, jedyną metodą łagodzenia dolegliwości poszkodowanego. Więcej na temat funkcji odszkodowania w pkt 1.5.

¹⁶¹ G. Treitel: *The Law of Contract*, 11th Edition, London 2003, s. 832.

¹⁶² G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 517, 518.

¹⁶³ F.R. Davies: *Contract*, London 1986, s. 260.

¹⁶⁴ „There is no breach when non-performance is justified by some lawful excuse”, G. Treitel: *The Law...*, *op. cit.*, s. 835. Inaczej ujmując: „A breach arises if there is disparity between what was promised and what actually occurred”. Brak również doktrynalnych i normatywnych wewnętrznych rozróżnień w ramach pojęcia *non-performance*.

umowy¹⁶⁵. Generalnie można powiedzieć, że tego rodzaju naruszenie odpowiada zakresowi art. 471 k.c. Odpowiedzialność za naruszenie umowy na jej „przedpolu” nie jest prawu polskiemu zupełnie obca i ewentualne roszczenie odszkodowawcze może mieć charakter bądź deliktowy, bądź kontraktowy¹⁶⁶. Odpowiedzialność za *anticipatory breach* jest szczególnym przypadkiem odpowiedzialności kontraktowej bez szkody, dlatego środkiem zaradczym na tego rodzaju naruszenie jest przede wszystkim możliwość wystąpienia ze stosunku, którego cel i tak nie zostanie osiągnięty¹⁶⁷, nie zaś odszkodowanie. Rozwiązanie *common law* wydaje się szczególnie wygodne w stosunkach gospodarczych, stąd zostało recypowane zarówno przez zasady Instytutu UNIDROIT, jak i przez konwencję wiedeńską o międzynarodowej sprzedaży towarów¹⁶⁸.

Ogólne przepisy dotyczące zobowiązań kontraktowych w Code civil mówią o sytuacji, w której dłużnik nie wykonuje swojego zobowiązania (*non-performance, inexécution*¹⁶⁹). Chodzi w tym przypadku zarówno o niewykonanie zobowiązania w całości, w części, jak i wadliwe wykonanie (*de facto* jest ono bowiem także niewykonaniem zobowiązania, gdyż nie odpowiada treści umowy).

Z podobnym określeniem spotykamy się na gruncie art. 8.101 Principles of European Contract Law. Dłużnik odpowiada za *non-performance* — niewykonanie umowy, przy czym chodzi tu o niewykonanie któregośkolwiek z zobowiązań należących do jej treści¹⁷⁰, także świadczenie wadliwe (świadczenie rzeczy uszkodzonej, świadczenie nieterminowe, świadczenie niższej jakości, niedochowanie należytej staranności w przypadku umów starannego działania).

Niemiecka instytucja *Pflichtverletzung*¹⁷¹ w treści swojej zbliżona jest do *breach of contract*. Naruszenie może polegać bądź to na zwłoce, bądź to na uszczerbku w majątku wierzyciela¹⁷², określanej metodą dyferencyjną (*Differenzhypothese*). Ścisłe powiązanie naruszenia umowy z problemem odpowiedzialności może prowadzić do wniosku, że skutkiem takiego naruszenia nie będzie szkoda niemajątkowa, a przynajmniej nie w sytuacjach, z którymi ustawa w sposób wyraźny nie wiąże obowiązku odszkodowawczego. Oczywiście teza taka jest daleko idącym uprosz-

¹⁶⁵ Tamże.

¹⁶⁶ W zależności od tego, czy strony łączył wcześniejszy stosunek zobowiązaniowy (umowa ramowa, umowa przedwstępna), czy też naruszenie polegało po prostu na przystąpieniu do kontraktowania bez woli wykonania zobowiązania. W sytuacji jednak, gdy strona po zawarciu umowy zasadniczej nie podjęła koniecznych kroków w celu przygotowania się do świadczenia, czy gdy jest oczywiste, że nie zdoła świadczyć w terminie, wierzyciel nie uzyskuje ochrony prawnej do momentu powstania szkody.

¹⁶⁷ F.R. Davies: *Contract, op. cit.*, s. 263.

¹⁶⁸ Art. 7.3.3: „Where prior to the date for performance by one of parties it is clear that there will be a fundamental non-performance by the party the other party may terminate the contract” (*anticipatory non-performance*).

¹⁶⁹ Art. 1142 Code civil.

¹⁷⁰ O. Lando, H. Beale: *Principles...*, *op. cit.*, s. 435. Podobnie kwestia ta została uregulowana w art. 7.4.2 Principles of International Commercial Contracts.

¹⁷¹ Naruszenie umowy, ang. tłumaczenie: *violation of an obligation*, § 280 BGB.

¹⁷² M.H. Whincup: *Contract Law and Practice*, 5th Edition, London–Boston 2003, s. 378.

czeniu. Jak już parokrotnie podkreślano, problem powstania szkody niemajątkowej należy bardziej do sfery faktów niż do sfery norm. Niezależnie od tego, czy dany reżim przewiduje prawo do rekompensaty uszczerbku niemajątkowego, naruszenie umowy zawsze będzie źródłem tego uszczerbku, o ile można zachowaniu dłużnika przypisać cechę „przyczyny sprawczej” szkody. Z samej treści § 280 BGB nie wynika jednak, by ustawodawca wykluczał możliwość powstania szkody niemajątkowej na skutek naruszenia umowy. Ograniczenie odpowiedzialności jedynie do szkód majątkowych statuuje natomiast § 253 BGB.

Podsumowując, wydaje się, że „niewykonanie umowy” mieści w swoim zakresie semantycznym wszystkie te przypadki, które na gruncie prawa umów będą przyczyną powstania szkody. Operowanie dodatkowym pojęciem „nienależytego wykonania zobowiązania” jest nadregulacją, uczynioną prawdopodobnie celem osiągnięcia większej jasności treści art. 471 k.c. Jednakowoż, nie wolno zapominać, że umowa ma charakter złożony i świadczenie zostanie uznane za „należyte” dopiero w sytuacji, gdy prawidłowo wykonane zostaną wszelkie obowiązki wynikające z postanowień kontraktu, ustawy, zasad współżycia społecznego i ustalonych zwyczajów¹⁷³, w przeciwnym wypadku dojdzie do „niewykonania umowy”. Ciekawy jest również pewien fakt językowy, który widać „umknął” polskiemu ustawodawcy — określenie „nienależyte wykonanie zobowiązania” zawiera wewnętrzną sprzeczność — jeżeli mówimy bowiem o wykonaniu zobowiązania, to nie będzie ono już nienależyte¹⁷⁴.

Zasady odpowiedzialności za szkodę niemajątkową zostaną omówione w kolejnym rozdziale. W tym miejscu wypada jednak odnieść się do jeszcze jednej, wzmiankowanej wyżej kwestii — do problemu związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem umowy (niewykonaniem, niewłaściwym wykonaniem zobowiązania) a powstaniem szkody niemajątkowej. Jest to bowiem faktyczny (nie tylko normatywny, choć ustawodawcy często w sposób wyraźny odnoszą się do niego) warunek konstatacji, że szkoda powstała na skutek niewykonania lub niewłaściwego wykonania zobowiązania¹⁷⁵.

Poprawna analiza problemu związku przyczynowego w oderwaniu od normatywnych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej wymaga dokonania w pierwszej kolejności dystynkcji pomiędzy związkiem przyczynowym faktycznym a związkiem przyczynowym prawnie relewantnym (na potrzeby niniejszych rozważań nazwijmy go „związkiem normatywnym”). Nie zawsze zatem przyczyna sprawcza określonego zdarzenia w świetle obowiązujących rozwiązań legislacyjnych staje się czynnikiem zasługującym na reakcję ustawodawcy.

¹⁷³ Zob. art. 56 i art. 355 § 1 k.c.

¹⁷⁴ Tak m.in. G. Treitel: *The Law...*, *op. cit.*, s. 834.

¹⁷⁵ Problem zasad odpowiedzialności, przypisania odpowiedzialności w wypadkach świadczenia przez osoby trzecie czy okoliczności ekskulpujących (egzoneracyjnych) wykracza poza tematyczne ramy niniejszej części, jest to bowiem nie tyle problematyka naruszenia umowy jako źródła szkody niemajątkowej, co zasad odpowiedzialności za tego rodzaju uszczerbek.

Kolejna uwaga dotyczy przedmiotów relacji przyczynowej. W omawianym zakresie bodźcem sprawczym jest niewykonanie zobowiązania¹⁷⁶, na drugim krańcu łańcucha przyczynowości leży uszczerbek typu niemajątkowego. Warunki determinujące istnienie takiego sprzężenia mają charakter tyleż elementarny, co kontrowersyjny.

Upraszczając, pomiędzy zdarzeniami istnieje związek przyczynowy, jeżeli bez zdarzenia początkowego wynik ostateczny by nie nastąpił¹⁷⁷. Problem z formułowaniem wniosku: „A jest przyczyną B” pojawia się w sytuacji, gdy dochodzi do współzależności zjawisk współuczestniczących¹⁷⁸ bądź gdy uruchomiony łańcuch zdarzeń jest tak długi¹⁷⁹ i poddany takim modyfikacjom, że zasady rozsądku nakazują odmówić zdarzeniu A atrybutu przyczyny sprawczej zdarzenia B¹⁸⁰. *De facto* jednak, powstanie szkody niemajątkowej jest teoretycznie możliwe także w sytuacji nadzwyczajnego przebiegu zdarzeń, których początkiem było niewykonanie zobowiązania.

Ustawodawcy zazwyczaj jednak wprowadzają ograniczenia i opowiadają się za teorią przyczynowości adekwatnej. W tej kwestii nie sposób odmówić im racji, choćby ze względów dowodowych¹⁸¹.

Warto podkreślić, że w przypadku uszczerbku niemajątkowego, który ma przecież w wymiarze swoim charakter subiektywny, przewidzenie faktu powstania szkody niemajątkowej, a w szczególności rozmiarów tej szkody jest praktycznie niemożliwe. Oczywiście, istnieje pewna grupa umów (opisane wcześniej kontrakty „with a mental benefit”), w przypadku których stopień przewidywalności wystąpienia takiej szkody jest szczególnie wysoki.

Zasada teorii adekwatnej przyczynowości¹⁸² znajduje odzwierciedlenie w treści art. 361 § 1 k.c.¹⁸³ Dłużnik odpowiadać może jedynie za szkodę i taką jej wyso-

¹⁷⁶ W umowach starannego działania o istnieniu związku przyczynowego zadecyduje fakt dochowania wymaganego standardu zachowania się dłużnika, w umowach rezultatu — brak efektu, którego osiągnięcie należało do obowiązków dłużnika.

¹⁷⁷ W. Czachórski: *Zobowiązania*, op. cit., s. 209.

¹⁷⁸ Gdy nie jesteśmy w stanie stwierdzić, czy to na pewno A jest przyczyną B, czy nie jest nią może C, D lub E. Jednocześnie wypada także zadać pytanie, czy A byłoby przyczyną B, gdyby nie wystąpienie zdarzeń C, D lub E.

¹⁷⁹ R. Longchamps de Berier: *Zobowiązania*, op. cit., s. 243. Autor potwierdza, że związek przyczynowy obejmuje zbyt dalekie następstwa czynu, spowodowane często wmieszaniem się dodatkowych okoliczności.

¹⁸⁰ Istnieje poetyczna wizja motylego skrzydła, które wprawione w ruch w Afryce wpływa na przebieg globalnych zjawisk klimatycznych. Zwolennicy teorii chaosu ujmują problem przyczynowości w sposób na tyle szeroki, że wymyka się on kryteriom zdroworozsądkowym. Jednocześnie przykład tak konstruowanych hipotez pozwala zaobserwować, jak trudno wskazać moment, w którym modelowe zdarzenie A przestaje być przyczyną zdarzenia B, pozwala nawet wątpić, że A przestaje być nią kiedykolwiek. Zob. S. Małyska: *Teoria chaosu*, http://www.daktlik.rubikon.pl/Slowniczek/teoria_chaosu.htm.

¹⁸¹ Jest wiele innych powodów, dla których problemu przyczynowości nie należy rozciągać *ad infinitum*, jak względy gospodarcze, realia ekonomiczne czy konieczność ochrony pewności obrotu prawnego. Zob. Z. Radwański: *Zobowiązania*..., op. cit., s. 83.

¹⁸² W. Czachórski: *Zobowiązania*, op. cit., s. 210.

¹⁸³ Odnoszący się zarówno do reżimu odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej.

kość, jaka jest „normalnym następstwem” niewykonania zobowiązania¹⁸⁴. Za „normalne” należy uznać wszystkie konsekwencje, które są „typowe lub oczekiwane w zwykłej kolejności życiowej”¹⁸⁵, zgodne ze statystycznymi prawidłowościami związków przyczynowych i obiektywnymi prawami naukowymi¹⁸⁶.

Orzecznictwo *common law* obowiązek odszkodowawczy wiąże z powstaniem szkody w sytuacji, gdy *breach of contract* było „efektywną” przyczyną uszczerbku, przyczyną zasadniczą¹⁸⁷. Nie może być zatem zbyt nietypowa, zbyt odległa czy zbyt pośrednia¹⁸⁸, musi zatem spełniać pewne kryteria możliwości prognozowania¹⁸⁹. Na gruncie orzeczenia w sprawie *Hadley v. Baxendale* z 1854 r. wykrystalizowały się pewne kryteria w omawianym zakresie. I tak, uwzględnia się szkody, których wystąpienia mogły być w normalnych okolicznościach przewidywane¹⁹⁰, uszczerbki nietypowe natomiast wówczas, gdy strony mogły je, ze względu na wiedzę specjalistyczną, przewidzieć¹⁹¹. Przesłanka przewidywalności, jako warunek uznania istnienia związku przyczynowego, jest powodem, dla którego szkody niemajątkowe nie są w systemie *common law* co do zasady rekompensowane. Do wyjątków należą między innymi wspomniane wyżej *contracts with a mental benefit*. Racjonalizacja odpowiedzialności za szkodę niemajątkową wynika zatem w omawianym przypadku z istnienia bądź nieistnienia normatywnego związku przyczynowego pomiędzy niewykonaniem zobowiązania a powstaniem uszczerbku. Drugim wyjątkiem będą te umowy, w których wadliwe świadczenie w sposób bezpośredni doprowadziło do fizycznej niewygody (*consequential damages*); tu również spotykamy się z wyraźnym odniesieniem do problemu przyczynowości. Nie jest zatem tak, że uszczerbki niemajątkowe nie „zasługują” na rekompensatę wyłącznie ze względu na swój niepieniężny charakter. Zasadniczą barierą okazuje się teoria adekwatności związku przyczynowego, której wymogi są dla tego rodzaju szkód zbyt surowe.

Podstawę rozstrzygnięcia w sprawie *Hadley v. Baxendale* stanowiły między innymi art. 1149–1151 *Code civil*. Prawo francuskie statuuje odpowiedzialność za szkodę (także niemajątkową, poprzez szeroką wykładnię pojęcia szkody) w sytuacji, gdy była ona przewidywana bądź gdy mogła być przewidziana w chwili zawierania umowy¹⁹². Ostatecznie należy skonstatować, że wszystkie opisane regulacje korzy-

¹⁸⁴ Nie jest jednakowoż prawdą, jakoby art. 361 § 1 nie wprowadzał pojęcia związku przyczynowego w rozumieniu prawnym, odmiennego od istniejącego w rzeczywistości (tak: G. Bienick, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz...*, op. cit., s. 65).

¹⁸⁵ G. Bienick, H. Ciepla, S. Rudnicki: *Komentarz...*, op. cit., s. 65.

¹⁸⁶ Z. Radwański: *Zobowiązania*, op. cit., s. 84.

¹⁸⁷ J. Beatson: *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press 2002, s. 600.

¹⁸⁸ F.R. Davies: *Contract*, op. cit., s. 268.

¹⁸⁹ M.H. Whincup: *Contract...*, op. cit., s. 354. Nie są uwzględniane szkody o charakterze wyjątkowym lub zupełnie niespodziewane (*windfall losses*).

¹⁹⁰ „(...) such as may fairly and reasonably be considered arising naturally, i.e., according to the usual course of thing (...)”.

¹⁹¹ „(...) such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties (...)”.

¹⁹² Art. 1150 *Code civil*: „(...) qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (...)”. Ograniczenia w postaci istnienia takiego modelu normatywnego związku przyczynowego pozwalają z jednej strony na łagodze-

stały z idei tej samej treści, znajdującej uzasadnienie w teorii adekwatnego związku przyczynowego. Tylko bowiem obiektywnie przewidywalne konsekwencje niewykonania zobowiązania można uznać za jego normalne następstwa.

Podsumowując powyższe rozważania, przy upartym odnoszeniu się do konieczności oddzielenia problemu szkody niemajątkowej i niewykonania zobowiązania jako jej przyczyny sprawczej od kwestii przesłanek odpowiedzialności, wypada stwierdzić, że granice przyczynowości zakreślone treścią norm prawnych należą już do drugiej ze wspomnianych sfer. Ponieważ jednak, jak wykazywano, odnalezienie punktu „kończącego” przyczynowości jest praktycznie niemożliwe, można w uproszczeniu traktować normatywny związek przyczynowy jako tożsamy ze związkiem faktycznym.

Jednocześnie nie ulega wątpliwości, że specyfika szkody niemajątkowej, jej subiektywny charakter, a co za tym idzie, niski co do zasady stopień przewidywalności perspektywy wystąpienia uszczerbku niemajątkowego, nie poddają się w sposób prosty mechanizmom legislacyjnym łagodzącym konsekwencje niewykonania zobowiązania. Ograniczenia wynikające z teorii adekwatności związku przyczynowego w pewnych sytuacjach okazują się niesprawiedliwe, tak jak często bezsensownym środkiem zaradczym jest w wypadku szkody niemajątkowej zasądzenie odszkodowania pieniężnego¹⁹³. Ograniczenia o charakterze faktycznym niestety jednak zwykle uniemożliwiają restytucję.

2.4. PODMIOTOWA I PRZEDMIOTOWA „ZDOLNOŚĆ BYCIA POSZKODOWANYM”

Wewnętrzna klasyfikacja w ramach ogólnego pojęcia szkody, jaka wykrystalizowała się na gruncie konkretnych przypadków orzeczniczych, prowadzi do postawienia dwóch zasadniczych pytań:

1. Jak zmienia się częstotliwość i możliwość przewidzenia występowania uszczerbku niemajątkowego w zależności od treści stosunku prawnego łączącego strony?
2. Czy każdy podmiot prawa jest predestynowany do „bycia poszkodowanym” w sensie niemajątkowym? Jeżeli tak, to w jakich sytuacjach?

Ewentualna odpowiedź na powyższe pytania ma istotne znaczenie również o tyle, że uzasadnienie postulatu postawionego we wstępie musi uwzględniać również daleko idące zróżnicowania poszczególnych stosunków obligacyjnych, ich treści, funkcji i celu.

nie zasad odpowiedzialności (w systemie *common law*, we wszystkich tych wypadkach, które spełniają warunki adekwatności przyczyny wobec skutku), z drugiej zaś na ich zaostrenie (tak w prawie francuskim, gdy szkoda niemajątkowa co prawda odpowiada semantyce art. 1382, lecz w określonym stosunku obligacyjnym nie spełniała warunku przewidywalności).

¹⁹³ Problematyka funkcji odszkodowania wobec uszczerbku niemajątkowego została omówiona w pkt 1.5.

Przez pojęcie „zdolności przedmiotowej” rozumieć będziemy zatem takie uwarunkowania charakteru stosunku prawnego, które wpływają na szczególnie wysoką częstotliwość powstawania szkody niemajątkowej. „Zdolność podmiotowa” oznacza natomiast cechy podmiotu prawa, powodujące istnienie dużego prawdopodobieństwa wystąpienia po jego stronie uszczerbku niemajątkowego.

Częstotliwość występowania szkody niemajątkowej będzie niewątpliwie zależna od charakteru stosunku obligacyjnego i, biorąc pod uwagę zastrzeżenia oraz wnioski poczynione na temat klasyfikacji w ramach szkody niemajątkowej, należy generalnie stwierdzić, że:

- a) niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie zobowiązania w wypadkach całej rozciągłości typów stosunków umownych może prowadzić do uszczerbku niemajątkowego, jeżeli zachowanie dłużnika jest jednocześnie czynem niedozwolonym; w takich sytuacjach treść stosunku obligacyjnego sama w sobie nie ma szczególnego wpływu na stopień prawdopodobieństwa powstania szkody niemajątkowej, nie jest również istotne, czy obowiązek dłużnika polegał na działaniu czy też powstrzymaniu się od niego¹⁹⁴;
- b) sytuacje, w których celem i funkcją świadczenia w ramach umowy było zapewnienie korzyści w sferze osobistej, uczucia komfortu, odpoczynku, stanu ukojenia, zadowolenia, są szczególnie podatne na powstanie uszczerbku niemajątkowego w postaci „utraconej niemajątkowej korzyści”; odwołując się do podziału zaczerpniętego z orzecznictwa *common law*, będą to umowy „with a mental benefit”; wspomniana korzyść, jaką ma gwarantować właściwe wykonanie zobowiązania, nie jest, co prawda, świadczeniem¹⁹⁵ dłużnika, ale zdarza się niezwykle często, że zaniedbania świadczącego powodują, że „korzyść niemajątkowa”, jako oczekiwana bezpośrednia konsekwencja jego staranności w ogóle nie wystąpi; oczywiście w tym miejscu ponownie należy nawiązać do pytania: jak istotną rolę ma odgrywać owa oczekiwana korzyść niemajątkowa, by uszczerbek wywołany nieuzyskaniem jej zasługiwał na rekompensatę; to jednak jest ponownie problem nie tyle częstotliwości występowania szkody, co zasad odpowiedzialności; ze względu na subiektywny charakter uszczerbku niemajątkowego, niedoszły beneficjent tym silniej będzie zapewne czuł się pokrzywdzony, im większą rolę odgrywał cel niemajątkowy w chwili, gdy decydował się on na zawarcie umowy¹⁹⁶; obiektywną wskazówką dla określenia „miary pokrzywdzenia” może

¹⁹⁴ Zaniechanie z pewnością w takich sytuacjach częściej będzie przyczyną powstania takiej szkody. Sformułowanie art. 415 k.c. „wyrządza drugiemu szkodę” odnosi się jednak zarówno do zachowań czynnych, jak i biernych. W przypadku gdy szkoda powstała na skutek „czystego deliktu”, bez zbiegu z odpowiedzialnością kontraktową, z pewnością częstsze będą wypadki szkodliwego działania niż zaniechania. Wypadki zaniechania będą bezprawne wówczas, gdy odpowiedzialny za szkodę miał prawny obowiązek działania; zob. G. Bieniek, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz..., op. cit.*, s. 225. W przypadku umów ten prawny obowiązek (wywodzony w treści kontraktu) występuje praktycznie zawsze.

¹⁹⁵ Kontrowersje, jakie budzi komercjalizacja tego rodzaju stosunków, zostały omówione w pkt 2.

¹⁹⁶ Stanowisko na przykład sądów brytyjskich ulega stopniowemu łagodzeniu, w przypadku wzmiankowanego już orzeczenia *Farley v. Skinner* dla przyznania prawa do rekompensaty wystarczył już fakt, by uzyskanie korzyści majątkowej było „ważnym celem” umowy; R. Holmes: *Mental Distress...*

być treść stosunku zobowiązaniowego. Niewątpliwie wspomniana grupa będzie obejmowała przede wszystkim umowy konsumenckie, jednak nie wszystkie; o ile nie budzi wątpliwości na przykład umowa o imprezę turystyczną, o tyle w przypadku umowy sprzedaży (odkurzacza czy śrubokrętu) nie zawsze powiemy, że celem zawarcia umowy (przynajmniej celem istotnym) było uzyskanie korzyści niemajątkowej; twierdzenie takie byłoby narażone na śmieszność; kupno wadliwego śrubokręta może powodować, rzecz jasna, uczucie dyskomfortu psychicznego, możliwość jego przewidzenia jest jednak w chwili zawierania umowy co najwyżej znikoma; w przypadku umów konsumenckich wyróżnimy i takie, w których celem świadczenia nie była co prawda korzyść niemajątkowa, lecz jego niewykonanie wywołuje w sposób bezpośredni uszczerbek niemajątkowy (korzystając konsekwentnie z terminologii *common law* — w przypadkach *consequential damages*); ciekawym przykładem może być sytuacja zaczerpnięta z orzecznictwa francuskiego, gdzie szkoda niemajątkowa polegała na konieczności spożywania niekoszernych posiłków, które zostały zaserwowane grupie religijnej, wbrew zobowiązaniu świadczącego¹⁹⁷;

- c) w przypadku umów innego rodzaju (innych niż *contracts with a mental benefit* i niemających charakteru konsumenckiego) niewykonanie zobowiązania wiąże się często z poirytowaniem, zdenerwowaniem, utratą zaufania, niewygoda; wydaje się, że istotny wpływ na rozmiar tego rodzaju uszczerbku będzie miał stopień naruszeń, jakich dopuścił się nierzetelny kontrahent; nie można z góry stwierdzić, że w przypadku podmiotów gospodarczych szkoda niemajątkowa nie wystąpi w ogóle, gdyż celem zobowiązania jest korzyść o charakterze wyłącznie majątkowym¹⁹⁸; oczywiście należy zastanawiać się, czy zwykle zdenerwowanie oraz irytacja może być w ogóle nazwane szkodą niemajątkową; często przyczyna takiego stanu ma źródło nie tyle w nieprawidłowym działaniu kontrahenta, co w osobistych, psychologicznych właściwościach „poszkodowanego”; gdyby nawet uznać za uprawnione twierdzenie, że doszło do powstania uszczerbku niemajątkowego, to czy niewykonanie zobowiązania pozostawiałoby w ogóle w związku przyczynowym z tym uszczerbkiem¹⁹⁹; w przypadku

¹⁹⁷ *Société cultuelle de secours israélite de Saint-Fons v. Barouk Bittoum*, G.P. 1936, II, 893.

¹⁹⁸ Tak na przykład w orzecznictwie brytyjskim. M. Chen–Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 541: „Contract breaking is treated as an accident of commercial life which players in the game are expected to meet with mental fortitude”.

¹⁹⁹ W sprawie *Fidler v. Sun Life* stwierdzono między innymi, że w przypadku stosunków profesjonalnych możliwość wystąpienia szkody niemajątkowej jest zasadniczo poza zdolnością rozsądnego przewidywania stron, stąd nie pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z niewykonaniem zobowiązania. Ponadto, znaczenie tego rodzaju uszczerbku jest zwykle dla stron bardzo niewielkie. Ostatecznie jednak sąd uwzględnił żądanie powódki, opierając się na zasadzie adekwatnego związku przyczynowego. Uzasadnienie tego orzeczenia wskazuje bardzo wyraźnie, że nie jest istotne, jaka była treść stosunku prawnego, czy w jakich rolach występowały jego podmioty, a jedynie fakt, czy powstanie uszczerbku niemajątkowego odpowiadało kryteriom adekwatnej przyczynowości. Nicco inny pogląd na tę kwestię wyraża Lord Hutton w uzasadnieniu do orzeczenia w sprawie *Farley v. Skinner*: „This rule is not, I think, founded on the assumption that such reactions are not foreseeable, which they surely are or may be, but on considerations of policy”. Taka teza z jednej strony wskazuje, że uzasadnienie restryk-

kontraktów obustronnie profesjonalnych, przyjęło się twierdzić, że stres związany z koniecznością egzekwowania prawidłowego świadczenia jest elementem ryzyka gospodarczego i nie powinien być w ogóle traktowany jak szkoda²⁰⁰; w prostych sytuacjach zasada taka rzeczywiście się sprawdza; jednakowoż, podobnie jak w przypadku majątkowej szkody na osobie, która może skutkować bólem i cierpieniem psychicznym, tak powstanie szkody majątkowej w bardzo wysokich rozmiarach może być źródłem swego rodzaju „cierpień” związanych z utratą pozycji na rynku, renomy czy możliwości prowadzenia działalności gospodarczej w ogóle; niewątpliwie jest to szkoda niemajątkowa; należy zastanowić się przy okazji, czy przynajmniej niektóre z tych problemów nie powinny być rozwiązywane na gruncie publicznego prawa gospodarczego (prawa własności przemysłowej czy prawa nieuczciwej konkurencji); możliwość zasądzenia odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy wywołany niewykonaniem zobowiązania przewiduje art. 7.4.2 Principles of European Commercial Contracts²⁰¹; ustawodawca międzynarodowy widzi zatem nie tylko szanse na „bycie poszkodowanym” w sensie niemajątkowym u podmiotów prowadzących działalność gospodarczą, możliwości te są wręcz na tyle prawdopodobne, a ich oddziaływanie — istotne, że zasługują na przyznanie prawa do odszkodowania; zasada może znaleźć zastosowanie na przykład w przypadku umów zawieranych przez artystów czy sportowców, gdzie istotną rolę odgrywa osobista renoma, popularność, dobra sława²⁰².

W sytuacji szkód niemajątkowych, polegających na „rzeczywistej stracie” (*consequential damages*) nie ma właściwie znaczenia fakt, czy powstały one na skutek niedochowania należytej staranności czy też nieosiągnięcia obiczanego rezultatu²⁰³. Nie wydaje się to również szczególnie istotne w przypadku *expectation damages*, o ile założymy, że korzyść niemajątkowa nie powinna być traktowana jak element świadczenia²⁰⁴.

cyjnego podejścia do kwestii rekompensaty szkody niemajątkowej ma charakter pozanormatywny, z drugiej jednak — dowodzi, że niezależnie od kwalifikacji prawnej stron umowy, możliwość przewidywania określonego rodzaju uszczerbku będzie uzależniona od licznych okoliczności towarzyszących zawarciu umowy lub należących do jej treści. Nie można *a limine* wyłączyć adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy uszczerbkiem niemajątkowym a niewykonaniem zobowiązania. Podobna argumentacja Izby Lordów, z odmiennym jednak rozstrzygnięciem — *Johnson v. Unisys Limited*.

²⁰⁰ Lord Bingham w sprawie *Watts v. Morrow* stwierdza: „Contract-breaking is treated as an incident of commercial life which players in the game are expected to meet with a mental fortitude”. W wyjątkowych okolicznościach tak kategorycznie sformułowana teza może okazać się jednak elementarnie niesłuszna. Zob. P. Fox, *Damages — a case too far?*, <http://www.findlaw.com.12international/countries/nz/articles/1076.html>.

²⁰¹ Ust. 2: „Such harm may be non-pecuniary and includes, for instance, physical suffering or emotional distress”.

²⁰² W komentarzu do UNIDROIT odnajdujemy przykład umowy zawartej przez obiecującego architekta, której wykonanie miało przynieść mu szansę na większą popularność i uznanie w środowisku zawodowym. Niewykonanie umowy przez drugą stronę niewątpliwie pozbawia go spodziewanej „korzyści w sferze osobistej”. Zob. <http://www.unidroit.org/english/publications/proceedings/2004/study/50/s-50-98-e.pdf> oraz J. Beatson: *Anson's Law...*, op. cit., s. 591.

²⁰³ R. Holmes: *Mental Distress...*

²⁰⁴ Druga strona może się w sposób wyraźny zobowiązać do zagwarantowania „przyjemności”, co w praktyce dosyć trudno sobie wyobrazić z uwagi na ogromne ryzyko wiążące się z takim zobowiązaniem. Zdolność odczuwania przyjemności w różnym stopniu jest kwestią wyłącznie subiektywną.

Wątpliwości związane z podmiotową zdolnością „bycia poszkodowanym” siłą rzeczy skupiają się na pytaniu: czy uszczerbek taki może dotyczyć osoby prawnej? Osoba fizyczna, jako jednostka mogąca realnie odczuwać zarówno przyjemność, jak i cierpienie, ból czy niewygodę, niewątpliwie spełnia wszelkie kryteria takiej zdolności, we wszystkich właściwie typach stosunków zobowiązaniowych. Oczywiście, w zależności od roli, w jakiej występuje, prawdopodobieństwo powstania takiej szkody jest raz większe (umowy konsumenckie), innym razem mniejsze (kontrakty gospodarcze).

Osoba prawna jest tworem sztucznym²⁰⁵. I choć występuje jako podmiot stosunków obligacyjnych równoprawny z osobami fizycznymi, to stosunki prawne oparte na pewnych układach społecznych (jak na przykład stosunki prawnorodzinne) są już dla niej z przyczyn ponadnormatywnych zupełnie nieosiągalne²⁰⁶. Jak ustalono we wcześniejszych uwagach, problem powstania szkody jest bardziej związany ze sferą faktyczną niż normatywną. Niezależnie od tego, jak otwarta będzie konstrukcja przepisu kreującego obowiązek rekompensaty za szkodę niemajątkową, okaże się on normą pustą w stosunku do podmiotu, który poszkodowanym *de facto* nigdy nie będzie. Nie jest fizycznie możliwe zasądzenie zadośćuczynienia za krzywdę spowodowaną uszkodzeniem ciała lub rozstrojem zdrowia czy też „skłonieniem za pomocą podstępów, gwałtu lub nadużycia stosunku zależności do poddania się czynowi nierządному”²⁰⁷. Osoba prawna nie posiada zdolności „odczuwania”, która mogłaby być uruchomiona na skutek czyjegoś bezprawnego zachowania. Nie jest zatem możliwa „szkoda na osobie” w takim znaczeniu, jakim posługuje się art. 444 i 445 k.c. Obejmuje ona bowiem jedynie wypadki uszkodzenia ciała, rozstroju zdrowia, pozbawienia życia i naruszenia dóbr osobistych człowieka²⁰⁸. Przepisy dotyczące ochrony cywilnoprawnej życia, zdrowia i dóbr osobistych zostały skonstruowane wprost z myślą o osobach fizycznych. Do osób prawnych znajdują jedynie „odpowiednie” zastosowanie²⁰⁹.

Normatywne mechanizmy ochrony niemajątkowej osób prawnych zostały skonstruowane celem jednoczesnej ochrony interesów gospodarczych lub społecznych i,

²⁰⁵ Polski kodeks cywilny uznaje osobę prawną za realnie istniejący twór społeczny. Nie jest przedmiotem niniejszej pracy rozstrzyganie sporu o to, czy w przypadku osób prawnych są one w większym stopniu przyporządkowane celowi, dla którego zostały powołane do istnienia, czy bardziej ów cel jest przyporządkowany istnieniu osoby prawnej. Nie ulega jednak wątpliwości, że to ustawodawca decyduje, które jednostki organizacyjne będą uznane za podmiot prawa, a które nie — Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna*, Warszawa 2003, s. 176–177.

²⁰⁶ Pod względem normatywnym „zakres zdolności prawnej osób prawnych jest praktycznie nieograniczony”, jednak zdolność prawna nie obejmuje praw i obowiązków, których podmiotami mogą być wyłącznie osoby ludzkie (K. Dadańska: *Działanie osoby prawnej*, Warszawa 2006, s. 139–140).

²⁰⁷ Zob. art. 445 k.c.

²⁰⁸ G. Bieńicki, H. Cieplą, S. Dmowski: *Komentarz..., op. cit.*, s. 415.

²⁰⁹ Art. 43 k.c. ma charakter normy blankietowej. Szwajcarski kodeks cywilny na przykład zawiera jedną normę o szerokim zakresie podmiotowym, na podstawie której osoby prawne zostały zgodnie uznane zarówno przez orzecznictwo, jak i doktrynę za korzystające z ochrony art. 28 k.c.szwaj. Podobnie szeroki zakres podmiotowy zawiera § 1 art. 823 k.c.n., który mówi o prawach „osoby” — zarówno fizycznej, jak i prawnej. Problem zasad przyznania pieniężnego zadośćuczynienia za uszczerbek niemajątkowy zostanie omówiony w dalszej części pracy.

podobnie jak sama konstrukcja osób prawnych — są mechanizmami realizującymi pewien, uzasadniony, rodzaj polityki, nie wyływają jednak zasadniczo z potrzeb respektowania reguł moralnych. W tych wypadkach, w których osoba prawna nie prowadzi działalności gospodarczej, ochrona niemajątkowych interesów dotyczy dóbr związanych z zakresem innej działalności danego podmiotu. Istnienie osoby prawnej ma zawsze charakter celowy i jest skierowane „na zewnątrz”²¹⁰. Dobra niemajątkowe tej grupy podmiotów zasługują na ochronę nie dlatego, że osoba prawna je „ma”, lecz dlatego, że poprzez nie realizuje określone cele²¹¹. W przypadku osób fizycznych przynajmniej pewna grupa dóbr chronionych jest wspólna wszystkim i niezależna od roli, jaką osoba ta spełnia w życiu społecznym.

Rozważania w kwestii możliwości ponoszenia uszczerbków niemajątkowych na skutek niewykonania umowy przez osoby prawne powinny niewątpliwie uwzględniać wypadki naruszenia tych dóbr, które w zapatrywaniu ustawodawcy zasługują na ochronę prawną. Jeżeli niewykonanie zobowiązania skutkuje naruszeniem dobra osobistego, to działanie takie jest deliktem cywilnoprawnym, stąd dochodzi do zbiegu norm kreujących odpowiedzialność *ex contractu* i *ex delicto*. Z punktu widzenia poszkodowanej osoby prawnej nie jest właściwie istotne, czy ustawodawca przewidział kontraktową odpowiedzialność za uszczerbek niemajątkowy tego typu, ponieważ dobra osobiste osób prawnych i tak chronione są na podstawie przepisów deliktowych²¹². Stanowisko ustawodawcy ma znaczenie o tyle, że wskazuje na normatywnie zadekretowaną możliwość niemajątkowego pokrzywdzenia tworu społecznego, jakim jest osoba prawna²¹³.

Dobra osobiste osób prawnych są chronione z równą intensywnością co dobra osobiste osób fizycznych. Metoda oceny, czy i ewentualnie które z dóbr osobistych zostało naruszone oraz jaki był wymiar owego naruszenia, w znacznym stopniu odbiega jednak od metody przyjętej w przypadku szacowania wagi naruszeń dokonanych w stosunku do osób fizycznych. Do przykładowego katalogu takich dóbr będą z pewnością należały: nazwa, nietykalność pomieszczeń, tajemnica korespondencji, sfera prywatności, dobra sława²¹⁴. Nie jest możliwe badanie ujemnych prze-

²¹⁰ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 178.

²¹¹ Na przykład dobra osobiste osób prawnych nie są zasadniczo dobrami, które dotyczą osób fizycznych. Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 14 listopada 1986 r. (II Cr 295/86, OSNCP 1998, nr 2, poz. 40) stwierdził, że: „Dobra osobiste osób prawnych — to wartości niemajątkowe, dzięki którym osoba prawna może funkcjonować zgodnie ze swym zakresem działań”.

²¹² W polskim porządku prawnym jest to art. 43 k.c.

²¹³ W aktualnym stanie prawnym mamy do czynienia, przynajmniej w pewnym zakresie, z „podwójną ochroną” niemajątkowych interesów osób prawnych. Z jednej strony przewiduje ją kodeks cywilny, z drugiej zaś — ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211). Przedsiębiorcy często rezygnują z ochrony kodeksowej, stąd należy zastanowić się, czy problem ten nie powinien zostać uregulowany w sposób kompleksowy w jednym akcie. Z drugiej strony, prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji jest pod względem podmiotowym ograniczone do tych jednostek, które prowadzą działalność gospodarczą. Zob. S. Dmowski, S. Rudnicki: *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa 2003, s. 144.

²¹⁴ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 183; A. Kubiak-Cyrul: *Dobra osobiste osób prawnych*, Zakamycze 2005, s. 144 i n.

żyć osoby prawnej²¹⁵, związanych na przykład z naruszeniem jej renomy, gdyż uczucia takie po stronie poszkodowanej po prostu nie występują i nie można, rzecz jasna, utożsamiać ich z osobistymi przeżyciami osób fizycznych, działających w jej strukturze organizacyjnej. Obiektywna koncepcja dóbr osobistych osoby prawnej pozwala na obejście tego problemu i stosowanie pełnej gamy środków ochronnych na wypadek naruszenia²¹⁶. Należy jednak zastanowić się, czy w przypadku naruszenia interesu niemajątkowego poprzez niewykonanie zobowiązania, niedającego się zakwalifikować jako naruszenie dobra osobistego osoby prawnej (a te przypadki powinny znajdować się w centrum aktualnych rozważań), taka obiektywna ocena „uszczerbku” jest faktycznie uprawniona.

Wracając zatem do meritum, decydująca dla odpowiedzi na tak zadane pytanie okazuje się treść łączącego strony stosunku obligacyjnego.

I tak, nie jest zasadniczo faktycznie możliwa „fizyczna niewygoda”, „zdenerwowanie”, „irytacja”, „dyskomfort” po stronie jednostki organizacyjnej, jaką jest osoba prawna. Trudno sobie wyobrazić uszczerbek polegający na utracie korzyści w sferze osobistej właściwej stosunkom konsumenckim (stan ukojenia, relaksacji, wypoczynku) i równie trudna do pomyślenia jest ewentualna „obiektywizacja” dóbr tego typu, które przecież „polegają” na odczuwaniu i nie istnieją realnie poza sferą psychiki poszkodowanego, brak również ich zobiektywizowanych „odpowiedników”.

Zupełnie natomiast prawdopodobne mogą być przypadki utraty korzyści dotyczących sfery, wspomnianych wcześniej, „uczuć zewnętrznych” osoby prawnej²¹⁷. Będzie to z pewnością sytuacja analogiczna do przykładu podanego w przyp. 130, gdzie niewykonanie zobowiązania przez dłużnika polega na uniemożliwieniu zwiększenia publicznej renomy²¹⁸, które gwarantować miało właściwe z treścią umowy postępowanie kontrahenta²¹⁹. Odnosząc się wreszcie do „europejskiego” kontekstu dyskutowanego problemu, zdolność podmiotów profesjonalnych, w tym również osób prawnych do bycia „poszkodowanym” w sensie niemajątkowym, wyrażał parokrotnie Sąd Pierwszej Instancji. Rzecznik Generalny A. Tizzano, uzasadniając swoje stanowisko w sprawie Leitner, wprost odniósł się do przypadków „loss of the opportunity”, w których po pierwsze uznano istnienie uszczerbku

²¹⁵ W wyroku z dnia 16 kwietnia 2002 r. Sąd Najwyższy zauważył, że: „Określenie »odpowiedniej« sumy zadośćuczynienia przyznawanego na podstawie art. 448 k.c. wymaga rozważenia wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności rodzaju naruszonego dobra i rozmiaru doznanego krzywdy, intensywności naruszenia (...)”.

²¹⁶ Z. Radwański: *Prawo cywilne — część ogólna, op. cit.*, s. 184; M. Safjan: *Ochrona majątkowa dóbr osobistych*, Przegląd Prawa Handlowego 1997, nr 1.

²¹⁷ Nie będzie to z pewnością wypadek naruszenia dobra osobistego, a raczej utrata możliwości uzyskania „wyższej jakości” tego dobra — większej renomy, popularności, sławy, dobrego imienia.

²¹⁸ Zob. także: orzeczenie w sprawie Chaplin v. Hicks ([1911] 2 K.B. 786.); A. Malcolm: *Authors' Entitlements to Damages*, <http://www.btinternet.com/~akme/damages.html>.

²¹⁹ Znów stanowczo należy podkreślić, że umowa taka nie jest zobowiązaniem rezultatu co do korzyści niemajątkowej, ale korzyść taka ma być przewidywalnym i bezpośrednim skutkiem prawidłowego świadczenia.

niemajątkowego, po drugie zaś uszczerbki te kwalifikowano jako zasługujące na rekompensatę pieniężną²²⁰.

2.5. MECHANIZMY NORMATYWNE PRZECIW USZCZERBKOM NIEMAJĄTKOWYM I ICH FUNKCJA WOBEC PROBLEMU „WARTOŚCI” SZKODY

Specyfika uszczerbku niemajątkowego sprawia, że niełatwo znaleźć takie mechanizmy zaradcze, które by w sposób kompletny realizowały zasadę pełnej rekompensaty. Niezwykle często skutki zdarzenia sprawczego rozciągają się z zastosowanymi środkami, w rezultacie czego, pomimo konsekwentnego spełniania dyspozycji norm sankcjonujących, nielojalne i nierzetelne zachowanie dłużnika pozostawia poszkodowanego w sytuacji swoistej niemocy. Bywa również, jak zostanie wykazane, i tak, że zobowiązany do odszkodowania świadczy podwójnie w sytuacji, gdy stopień i charakter naruszenia był ekonomicznie irrelevantny, a potrzeba majątkowej ochrony poszkodowanego budzi uzasadnione wątpliwości.

Problemy związane z rekompensatą szkody niemajątkowej wynikają, rzecz jasna, z jej nieobiektynego charakteru. Brak możliwości odniesienia wymiaru takiego uszczerbku do jasno sformułowanych kryteriów wyceny sprawia, że odszkodowanie pełni siłą rzeczy funkcję pewnego środka drugiej kategorii, mającego za cel zagłuszyć rezultaty tego, czego naprawić się już właściwie nie da²²¹. Zwolennicy teorii kompensacyjnej nie negują faktu niewspółmierności szkody niemajątkowej do wartości pieniężnych. I choć w pieniądzu nie da się dóbr niemajątkowych wycenić, to odszkodowanie pozwala na nabycie przyjemności, które skutecznie złagodzają poniesioną szkodę niemajątkową²²². Czy tak jest w istocie — wysoce wątpliwe. Oczywiście, najbardziej osobiste i ze względów pozaekonomicznych „cenne” dobra nie mogą być „przeliczone” na inne przyjemności. W wielu przypadkach poszkodowany zapewne wolałby cofnąć czas, by móc uniknąć niedogodności oraz niewygody i wcale nie czuje się usatysfakcjonowany tym, że otrzymał „coś w zamian”.

Artykuł 363 k.c. stanowi, że: „Naprawienie szkody powinno nastąpić, według wyboru poszkodowanego, bądź poprzez przywrócenie stanu poprzedniego, bądź przez

²²⁰ A. Tizzano odniósł się co prawda do wypadków odpowiedzialności pozaumownej, wyraźnie jednak sugerując, że zasady ukształtowane na gruncie prawa deliktów mogą być recypowane również w przypadku odpowiedzialności kontraktowej.

²²¹ Wypłacana w ramach odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy kwota nie jest karą, a pełni funkcję pocieszenia poszkodowanego — zob. Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 43. Zrozumienie charakteru instytucji zadośćuczynienia nie jest wcale łatwe, nie wiadomo bowiem czemu uszczerbek z natury niemajątkowy miałby być kompensowany poprzez odszkodowanie pieniężne. Wydaje się jednak, że na taką „niedoskonałość” z przyczyn faktycznych jesteśmy skazani. Koncepcja odszkodowania za psychiczne cierpienie miała wielu krytyków, którzy zarzucali jej choćby to, że stanów wyższych, jakimi są cierpienia osobiste, nie można chronić w sposób prosty, a działanie takie jedynie raz już obrażone uczucia obraża po wtóre (tak m.in. Eggers).

²²² Z. Radwański: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 107.

zapłatę odpowiedniej sumy pieniężnej”. W sytuacji idealnej ów wybór po stronie poszkodowanego faktycznie istnieje. I z pewnością znakomita ich większość zdecydowałaby się na restytucję naturalną. Niestety, w praktyce najczęściej mamy do czynienia z drugą formą naprawienia szkody²²³. I, o ile różnica pomiędzy obiema metodami w przypadku szkody majątkowej nie odgrywa szczególnego znaczenia, to dla poszkodowanego w sensie niemajątkowym okazuje się zasadnicza. Jednocześnie, przywrócenie stanu poprzedniego przysparza w tej drugiej sytuacji znacznie więcej trudności i może dotyczyć w zasadzie tylko szkód polegających na „niemajątkowej stracie rzeczywistej”. W przypadku umów realizacji *expectation interests*²²⁴ służy żądanie prawidłowego wykonania zobowiązania (tym samym — „naprawy” przedmiotu świadczenia w przypadku, gdy zobowiązanie co prawda próbowano wykonać, choć było ono niezgodne z treścią umowy). Raz wyrządzona krzywda, nadszarpnięte zaufanie, zakłócony spokój, zmarnowany wypoczynek, nie są możliwe do cofnięcia. Ta niemożliwość restytucji, w szczególności gdy ma dotyczyć utraconych spodziewanych korzyści niemajątkowych²²⁵, sprawia, że zasądzenie odszkodowania jest jedyną i najlepszą rzeczą, jaką dla poszkodowanego może zrobić sąd²²⁶.

Przechodząc do interesującego nas problemu niewykonania zobowiązania, chodzi nie tyle o „przywrócenie stanu poprzedniego”, co o postawienie poszkodowanego w takiej sytuacji, w jakiej znalazłby się, gdyby świadczenie zostało wykonane prawidłowo²²⁷. O ile w przypadku uszczerbku wyłącznie majątkowego, różnica tkwi jedynie w pewnych wartościach pieniężnych, o tyle w przypadku szkody niemajątkowej prosta metoda zestawienia wartości świadczeń jest zawodna²²⁸. Podobny model odpowiedzialności kontraktowej przyjęty został również w polskim kodeksie cywilnym i może być konstruowany na podstawie prawa poszkodowanego wierzyciela do: żądania zapłaty utraconego zysku (art. 361 § 2 k.c.), żądania wykonania zobowiązania (*specific performance*²²⁹, art. 477 k.c.), tzw. wykonania

²²³ G. Bicnick, H. Ciepla, S. Dmowski: *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 78.

²²⁴ Określenie „restytucja” nie jest w tym miejscu dostatecznie adekwatne, gdyż sytuacja optymalna nie zawsze polega na „przywróceniu stanu poprzedniego” (choć niekiedy obydwa środki mogą być tożsame w skutkach).

²²⁵ Restytucja oznacza przecież jedynie „przywrócenie stanu poprzedniego”, nie zaś zapewnienie tego, co poszkodowany miał uzyskać — „zapewnienie stanu pożądanego”.

²²⁶ H. McGregor: *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell 2006.

²²⁷ F.R. Davies: *Contract*, *op. cit.*, s. 267–268.

²²⁸ Choć na przykład sądy niemieckie komercjalizują uszczerbki niemajątkowe w umowach konsumenckich, przypisując im konkretne wartości pieniężne. Mechanizmy ich wyznaczania zostały opisane w pkt 3.

²²⁹ System *common law* nie przewiduje roszczenia o wykonanie zobowiązania. Środek ten pozostawiony jest raczej jako wyjątkowa forma dyskrejonalnej władzy sędziego, która nie jest oczywiście władzą dowolną. Ostatecznie sądy angielskie odmawiają zasądzenia obowiązku wykonania zobowiązania zawsze tam, gdzie odszkodowanie będzie środkiem w pełni adekwatnym wobec dokonanego naruszenia; zob. F.R. Davies: *Contract*, *op. cit.*, s. 276 i n. Autor zdaje się być zwolennikiem koncepcji *specific performance*. Europejskie porządki prawne są pod tym względem bardzo niekonsekwentne. Francuski kodeks cywilny stanowi, że niewykonane zobowiązanie polegające na czynieniu lub nieczynieniu zamienia się w roszczenie odszkodowawcze (art. 1142 Code civil: „Toute obligation de faire ou ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution”), ilekroć wymagane jest osobiste działanie lub zaniechanie dłużnika. W pozostałych wypadkach wierzyciel może żądać, według własnego wyboru: wykonania umowy bądź odszkodowania. Prawo żądania wykonania zobowiązania jest natomiast zasad-

zastępczego (art. 480 k.c.). Wszystkie wspomniane mechanizmy mają na celu zachowanie efektywności zawartej umowy.

Nieodwracalny zasadniczo charakter uszczerbków niemajątkowych będzie sprawiał, że odszkodowanie pieniężne okaże się najpopularniejszym środkiem wobec subiektywnych skutków braku bądź wadliwości świadczenia. Jednocześnie, jak nietrudno spostrzec, wspomniany w poprzednim akapicie cel rzadko będzie w sposób pełny realizowany, zaś próby jego realizacji „za wszelką cenę” okazują się niekiedy wyjątkowo niefortunnym wyborem ekonomicznym.

W zakresie zasad przyznawania odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy wypada wymienić, jako podstawowe:

- a) pełną rekompensatę;
- b) wysokość odszkodowania nie może przewyższać wartości szkody;
- c) odszkodowanie, konsekwentnie z powyższym, pełni funkcję kompensacyjną, obowiązek dłużnika nie ma zatem charakteru represyjnego²³⁰.

Przyznana suma pieniężna ma stanowić ekwiwalent za poniesioną szkodę i wynagradzać cierpienia fizyczne, psychiczne oraz utratę określonego rodzaju przyjemności²³¹. Zadośćuczynienie nie niweluje skutków naruszenia, a jedynie je, przynajmniej w założeniu, równoważy²³². W praktyce dosyć często mamy niestety do czynienia z rozdzwieniem między założeniem a jego realizacją.

W przypadku umów typowych, zasada ta rzeczywiście sprawdza się, istnieją jednak stosunki, w których prawidłowe świadczenie ma dla poszkodowanego znaczenie szczególne²³³. Zapewne w większości przypadków, zasądzona suma jest pewnym pocieszeniem, jednak pocieszeniem dość marnym, biorąc pod uwagę fakt, że nie będą już nigdy mieli możliwości zrealizowania korzyści niemajątkowej, którą miało im przynieść prawidłowe świadczenie²³⁴.

Doskonałym obrazem sytuacji odwrotnej — żądania przyznania odszkodowania pozwalającego na pełną rekompensatę utraty korzyści niemajątkowej, które jednak okazało się obowiązkiem nadmiernie obciążającym nierzetelnego dłużnika, jest

niczym roszczeniem wynikającym z naruszenia umowy na gruncie ustawodawstwa niemieckiego. I tak, wierzyciel może żądać zapłaty odszkodowania zamiast wykonania zobowiązania jedynie w ustawowo określonych sytuacjach — § 280 ust. 3 BGB: „Schadensersatz statt der Leistung kann der Gläubiger nur unter zusätzlichen Voraussetzungen des § 281, des § 282 oder des § 283 verlangen”. W sumie, obydwa rozwiązania są bardzo podobne.

²³⁰ J. Beatson: *Anson's Law...*, *op. cit.*, s. 592.

²³¹ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, *op. cit.*, s. 78.

²³² Tamże, s. 79. Kompensacyjny charakter zadośćuczynienia (na gruncie czynów niedozwolonych) wyraża fragment uzasadnienia uchwały pełnego składu Izby Cywilnej SN z dnia 8 grudnia 1973 r. (OSNCP 1974, poz. 145), gdzie suma pieniężna ma polegać „na — z natury rzeczy niedoskonałym — wynagrodzeniu krzywdy przez zaspokojenie w większym zakresie potrzeb poszkodowanego”.

²³³ Popularnym przykładem jest umowa o wykonanie zdjęć ślubnych — A.H. Kastely: *Compensation...*, *op. cit.*, s. 3, tak również w orzeczeniu w sprawie *Diesen v. Samson*. W uzasadnieniu tej ostatniej podniesiono właśnie, że poszkodowani zostali trwale pozbawieni przyjemności czerpanej ze wspomnień.

²³⁴ Umowa o imprezę turystyczną, umowa o wykonanie zabiegu korygującego niedoskonałości urody zwykle mają tę własność, iż, poza wydłużeniem w czasie, mogą być powtórzone, zaś dozmany uszczerbek poprzez ponowne wykonanie praktycznie w pełni naprawione. Przyznana suma umożliwia taką „korektę”.

sprawa Forsyth v. Ruxley Electronics & Constructions Ltd.²³⁵ Jak wcześniej wspomniano, podstawową formą „naprawienia szkody” niemajątkowej jest zasądzenie odszkodowania w pieniądzu. Kryteria jego wysokości są zróżnicowane w zależności między innymi od zasady odpowiedzialności. W sytuacji gdy możliwa jest realizacja *expectation interests*, wysokość zasądzonej sumy powinna być przede wszystkim warunkowana kosztami takiej naprawy²³⁶. W przytoczonej sytuacji powód był uprawniony do żądania sumy wynikającej z różnicy wartości (*diminution of value*) bądź sumy potrzebnej do dokonania przebudowy (*cost of cure*)²³⁷. Argumentacja poszkodowanego opierała się na prawie specyfikacji i utracie poczucia bezpieczeństwa, jaki miał powodowi gwarantować głębszy basen. Izba Lordów wydała niekorzystne dla skarżącego orzeczenie, znosząc wyrok sądu apelacyjnego, który zobowiązywał niesolidnego wykonawcę do poniesienia kosztów przebudowy w wysokości ponad 20 tysięcy funtów (koszt pierwotny budowy — 17 tysięcy). Uzasadniając swoje stanowisko, Lord Mustill zauważył jednak, że miarą wysokości odszkodowania winna być jedynie rzeczywiście doznana szkoda, a w pewnych sytuacjach uszczerbek nie może być inaczej oszacowany jak poprzez wartość kosztów całkowitej naprawy wadliwego przedmiotu świadczenia. Ostatecznie zwyciężyły zasady rozsądnego rachunku ekonomicznego²³⁸. Pan Forsyth uzyskał jedynie rekompensatę uszczerbku polegającego na *loss of amenity*.

Czy tak powinno być w istocie? Zasadniczą dyrektywą w prawie umów ma być postawienie poszkodowanego w sytuacji takiej, w jakiej znalazłby się, gdyby umowa została prawidłowo wykonana. Nie ma tu zatem miejsca na rozważanie kwestii „proporcjonalności” użytych środków — nie można bowiem porównywać miarą ekonomiczną tego, co ma wartość pieniężną, z tym, co wartości takiej nie reprezentuje²³⁹. Często zatem będzie tak, że tam, gdzie oszacowanie wysokości odszkodowania jest wyjątkowo trudne ze względu na elementarną rozbieżność dóbr: pieniężnych i naruszonych, interes strony poszkodowanej podlega ochronie stosunkowo słabej; z kolei w sytuacji, w której sposób naprawienia uszczerbku niemajątkowego daje się łatwo wyznaczyć, nierzetelny dłużnik zmuszony będzie „płacić dwa razy”, również

²³⁵ [1996] 1 AC 344. Zamówiony przez klienta basen miał być głębszy niż faktycznie wykonany. Przebudowa nie wpłynęłaby na obiektywny wzrost użyteczności basenu, stąd żądanie zasądzenia sumy przerastającej pierwotną cenę inwestycji, w opinii wielu zostało uznane za co najmniej ekscentryczne.

²³⁶ F.R. Davics: *Contract*, op. cit., s. 267.

²³⁷ M. Chen-Wishart: *Contract*..., op. cit., s. 533.

²³⁸ Orzeczenie Izby Lordów spotkało się ze zróżnicowanym przyjęciem: od akceptacji po elementarną krytykę. Głosy dezaprobaty podnosiły zwykle argument, że jest sprzeczne z gwarancyjną funkcją prawa zobowiązań, a indywidualne preferencje konsumenckie, włączone do treści umowy, stają się prawem względnym, takim samym jak roszczenie o jej wykonanie w ogóle. Nie powinno być bowiem tak, że konsument może jedynie żądać wykonania umowy w ogóle, zaś odmawia mu się prawa żądania wykonania „takiej umowy”, choćby wiązało się to z poważnymi konsekwencjami finansowymi po drugiej stronie. Zob. B. Sangha, B. Moles: *Can contract law*..., op. cit., s. 40.

²³⁹ B. Sangha, B. Moles: *Can contract law*..., op. cit., s. 54; P. Avallone: *The Award*..., op. cit., s. 8: „It is a damage that reaches the subjective sphere of a person and cannot be translated into monetary terms”.

wtedy, gdy jego niezgodne z treścią zobowiązania zachowanie nie wiązało się z żadnym uszczerbkiem majątkowym²⁴⁰.

Wypada zapytać, czy ochrona prawa do niewadliwego świadczenia może być sprowadzana do „absurdalnych” rozstrzygnięć, czy można nadać jej jakieś „rozsądne” ograniczenia²⁴¹. W systemie amerykańskim dopuszczalne jest sądowe ograniczenie wysokości odszkodowania, między innymi w celu uniknięcia dysproporcji pomiędzy szkodą a wartością środka zaradczego²⁴². Pełna rekompensata utraconej korzyści w umowach konsumenckich może okazać się niebezpieczna o tyle, że właściwie wszyscy konsumenci zawierają umowy w celu „uzyskania jakiejś przyjemności”. Wysokość odszkodowania ma odpowiadać różnicy wartości pomiędzy „przyjemnością rzeczywiście uzyskaną” a „przyjemnością spodziewaną”²⁴³. Taki sposób definiowania wysokości odszkodowania jedynie w niewielkim stopniu przybliży nas do wartości *de facto* nieosiągalnej. W przypadku Forsyth v. Ruxley możliwość restytucji naturalnej²⁴⁴ istniała i dokonanie elementarnej przebudowy być może pozwoliłoby na pełną eliminację „uszczerbku” w postaci utraconego *consumer surplus*²⁴⁵. Sąd zdecydował się jednak na zasądzenie odszkodowania pieniężnego, stąd uznał, że kryteria jego szacunku muszą być inne niż jedynie wysokość kosztów przebudowy. Wydaje się, że Izba Lordów kierowała się pewnego rodzaju ogólną ideą sprawiedliwości i to sprawiedliwości w jej materialnym sensie²⁴⁶. Przede wszystkim Izba Lordów uznała, że przyznanie odszkodowania nie leżało w rzeczywistym, pożądanym interesie powoda, drugim argumentem była ogromna dysproporcja pomiędzy wartością doznanego uszczerbku a wartością żądania²⁴⁷. Najrozsądniejsze, w opinii Lordów, rozwiązanie stanowiła „trzecia droga” — odszkodowanie za utraconą „wartość szczególną” przedmiotu świadczenia. Prawo do *cost of cure* ma jednak nieco inny cel, gdyż chroni nie tyle „owoce” świadczenia, korzyści, jakie z niego miały wynikać po stronie poszkodowanego, co prawo do żądania świadczenia zgodnego z treścią umowy samo w sobie²⁴⁸.

²⁴⁰ Na temat ekonomicznej nieefektywności kompensaty szkód niemajątkowych zob. S.A. Rea: *Non-pecuniary Loss and Breach of Contract*, 1982, 11 *Journal of Legal Studies* 35.

²⁴¹ Lord Mustill odwołuje się do kryteriów zdroworozsądkowych w procesie szacowania podstaw odszkodowania — „test of reasonableness”.

²⁴² K. Uchino: *Expectation Damage of Consumer Contract*, <http://www.jlea.jp/ZR06-008.pdf>. Autor wnioskuje, że utracona przyjemność zasługuje na rekompensatę jedynie wówczas, gdy nie są dostępne na rynku jej bezpośrednie i łatwo osiągalne substytuty.

²⁴³ R. Posner: *Economic Analysis of Law*, 5th edition, Little, Brown 1997.

²⁴⁴ Pojęcie restytucji w omawianej sprawie odnosi się do przywrócenia poprzedniego stanu w sensie niematerialnym (zniwelowanie obaw związanych z bezpieczeństwem przedmiotu świadczenia).

²⁴⁵ Uwzględniając uwagi poczynione wcześniej, zawarta umowa była kontraktem „with a mental benefit”. Sąd apelacyjny uznał, że restytucja była najlepszym rozwiązaniem na uniknięcie niedostatecznej kompensaty. Zadośćuczynienie pieniężne, zdaniem sądu, nie było środkiem w żaden sposób niekorespondującym z konsekwencjami naruszeń wykonawcy.

²⁴⁶ Stąd wątpliwości budzi pytanie, czy spełnione zostały minimalne wymogi sprawiedliwości proceduralnej, skoro powodowi przysługiwało roszczenie o zwrot kosztów przebudowy.

²⁴⁷ M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 535. Jednocześnie należy dodać, że *loss of amenity* powinno mieć, w opinii brytyjskiej judykatury, także swój obiektywny wymiar (zob. *McAlpine v. Panatown*, 2001).

²⁴⁸ M. Chen-Wishart: *Contract...*, *op. cit.*, s. 536.

W sytuacjach trudnych i nietypowych odwołanie się do prostej zasady i równie prosta subsumpcja okazują się metodami niewrażliwymi na wiele uwarunkowań szczególnych i zjawisk pozaprawnych, które w ostatecznym rozrachunku winny być brane pod uwagę. Sądy niejednokrotnie stają zatem przed dylematem, także w przypadku polskiej instytucji zadośćuczynienia, potrzeby ochrony określonego dobra z jednej strony, z drugiej zaś — konieczności jak najpełniejszego oddania funkcji środków zaradczych, także ze względu na kompletny kontekst sytuacyjny.

Stanowisko niniejszej pracy opiera się zasadniczo na treści krajowego unormowania problemu restytucji i odszkodowań w art. 363 § 1, który rozwiązuje omówiony problem w sposób kompromisowy. Roszczenie poszkodowanego w sensie niemajątkowym ograniczy się do świadczenia w pieniądzu, jeżeli restytucja jest niemożliwa lub gdy pociąga za sobą nadmierne trudności lub koszty. Oczywiście pojęcie „nadmierne” musi być w pewnym stopniu relatywizowane do „wartości” doznanego uszczerbku. Nie wydaje się zatem, by przypadek *Forsyth v. Ruxley* znalazł inne rozstrzygnięcie przed sądem polskim²⁴⁹. Oczywiście, w sytuacji braku negatywnej przesłanki nadmiernego obciążenia kosztami restytucji, metoda ta powinna mieć pierwszeństwo przed odszkodowaniem pieniężnym, ze względu na fakt, że pozwala na najpełniejszą likwidację niemajątkowych skutków naruszeń.

Problematyczna wysokość zasądzanego odszkodowania w pieniądzu warunkowana jest w praktyce zazwyczaj szeregiem kryteriów obiektywnych²⁵⁰. Zasada pewności obrotu prawnego wymaga zatem niestety pominięcia niejednokrotnie subiektywnej „wartości” szkody, również ze względu na konieczność ochrony sprawcy przed potencjalnymi nadużyciami²⁵¹. Skoro bowiem nie jest możliwe sprawdzenie poziomu uszczerbku inaczej niż poprzez badanie osobistych przeżyć poszkodowanego, oddanie mu wyłączności określenia, jaka suma w sposób najpełniejszy łagodziłaby ból, zawód czy niewygodę, powodowałoby zapewne w wielu przypadkach przekreślenie postulowanej kompensacyjnej funkcji odszkodowania na rzecz jego funkcji represyjnej. Z drugiej strony, powołując się na zapatrywania polskiej judykatury, wypada podkreślić, że: „Powołanie się przez sąd przy ustalaniu zadośćuczynienia pieniężnego za doznaną krzywdę na potrzebę utrzymania wysokości zadośćuczynienia w rozsądnych granicach,

²⁴⁹ Należy jednak podkreślić, że skutek w postaci realizacji *expectation interests* byłby nicosiągalny na podstawie art. 363 k.c. Restytucja doprowadziłaby bowiem do stanu, w którym *Forsyth* musiałby „zwrócić” usługę w zamian za zapłaconą sumę. Z oczywistych przyczyn takie rozstrzygnięcie wiązałoby się z „nadmiernymi trudnościami”, o jakich mowa w art. 363 k.c. *Forsyth* mógłby natomiast żądać „naprawy”, co było niedopuszczalne na gruncie systemu brytyjskiego z uwagi na wyjątkowy charakter żądania wykonania umowy.

²⁵⁰ „Zasądzenie odszkodowania, a zwłaszcza jego wysokość uzależnione są od całokształtu ujawnionych okoliczności, w szczególności także od rodzaju i stopnia winy sprawcy szkody i odczucia jej przez poszkodowanego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 1967 r., OSNC 1968, nr 6, poz. 107), od „(...) rodzaju naruszonego dobra i rozmiaru doznanej krzywdy, intensywności naruszenia oraz stopnia winy sprawcy, a także sytuacji majątkowej zobowiązanego” (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2002 r., V CKN 1010/00, OSNC 2003, nr 4, poz. 56).

²⁵¹ Przy czym nie jest to rezygnacja na rzecz kryteriów wartości rynkowej, ponieważ szkoda niemajątkowa nie ma wartości komercyjnej. Można powiedzieć, że ustawodawca rezygnuje z metody subiektywnej na rzecz potrzeby uwzględnienia pewnego agregatu okoliczności obiektywnych, zmiennego w relacji do okoliczności faktycznych.

odpowiadających aktualnym warunkom i przeciętnej stopie życiowej społeczeństwa, nie może prowadzić do podważenia kompensacyjnej funkcji zadośćuczynienia²⁵².

Kwalifikacja wartości szkody w prawie niemieckim została oddana ocenie sędziego. Prawo niemieckie wymaga „adekwatnego odszkodowania”, relatywizowanego nie tylko do możliwości przewidzenia wystąpienia uszczerbku, lecz również, a w szczególności w przypadku szkody niemajątkowej, do stopnia natężenia winy sprawcy, motywy działania, forma i zakres naruszenia, przy czym w orzecznictwie istnieje silna tendencja, by wysokość sum była utrzymana w rozsądnych granicach²⁵³. Dużą ostrożnością w tym zakresie wykazuje się także orzecznictwo austriackie, pomimo konsekwentnego uznania, że stan majątkowy poszkodowanego nie decyduje o wysokości odszkodowania²⁵⁴. Dodać należy, że osiągnięcia orzecznicze w państwach, których ustawodawstwo nie pozwala na zasądzenie odszkodowania za szkodę niemajątkową w ramach odpowiedzialności kontraktowej, nie mogą w sposób prosty służyć formułowaniu odpowiedzi na pytanie: na podstawie jakich czynników winna być wyznaczona wysokość należnej sumy? Wynika to przede wszystkim z faktu, iż popełnienie czynu niedozwolonego zwykle będzie dotyczyło dóbr innego charakteru niż te, które zostały naruszone w wyniku niewykonania umowy.

Sądy francuskie, najbardziej liberalne pod względem dopuszczalności odszkodowania za uszczerbek niemajątkowy, wykazują również największą „hojność”, jeżeli chodzi o jego wysokość. Tutaj również brany jest pod uwagę charakter naruszonego dobra, rozmiar cierpień fizycznych, psychicznych, stopień winy i stosunki majątkowe obu stron²⁵⁵ oraz wielu szczegółowych kryteriów zależnych przede wszystkim od charakteru naruszonego dobra. Brak jasnych kryteriów wyceny wartości szkody niemajątkowej w stosunkach umownych. Z analizy przykładowych orzeczeń w tym zakresie wyłania się ogólna konkluzja, na podstawie której sądy powinny szczególnie bacznie przyglądać się tym przypadkom, w których szkoda może być nieznaczna lub wręcz urojona²⁵⁶.

Skonstruowanie wniosku końcowego o uniwersalnym charakterze, który korespondowałby ze wszystkimi sytuacjami kontraktowymi, przysparza wielu uzasadnionych trudności. Wielokrotnie powielano w aktualnych rozważaniach myśl, że sam problem, jaki stwarza zmierzenie „wartości” szkody niemajątkowej, nie może decydować o odmowie przyznania rekompensaty. Niewątpliwie jednak wysokość odszkodowania, niezależnie od rozmiarów „emocjonalnego spustoszenia”, do jakiego doszło na skutek niewykonania umowy, musi być utrzymana w rozsądnych granicach. „Deliktowe” kryteria okazują się pomocne przy ocenie sytuacji polegających na fizycznym dyskomforcie i uciążliwości. Kwalifikacja ekonomiczna „utraconej”

²⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 131/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 40.

²⁵³ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 30.

²⁵⁴ K. Wolff: *Kommentar zum ABGB*, wyd. 2, t. VI, Wien 1951, s. 136.

²⁵⁵ A. Szpunar: *Zadośćuczynienie...*, op. cit., s. 48.

²⁵⁶ Tamże, s. 54–55.

niemajątkowej korzyści” wymaga ponadto uwzględnienia jej obiektywnej, powszechnej wartości²⁵⁷. Osobiste zapatrywania i odczucia poszkodowanego odgrywają jednocześnie równie istotną rolę, jeżeli ze względu na indywidualne kwalifikacje i preferencje określona korzyść miała dla niego wartość szczególną²⁵⁸. Wreszcie, przydatny okazuje się sprawdzian adekwatnego związku przyczynowego²⁵⁹, na podstawie którego stosunki o niskiej przewidywalności wystąpienia uszczerbku niemajątkowego powinny podlegać szczególnej kontroli w zakresie treści żądania poszkodowanego; tak by zminimalizowane zostało ryzyko wypaczenia instytucji odszkodowania na rzecz akceptacji „prawa do manipulacji”.

²⁵⁷ Odpowiedzi na pytanie: Ile zapłaciłby przeciętny, rozsądnie oceniający sprawę człowiek za tego rodzaju korzyść? Być może również: ile zapłaciłby, by uniknąć określonej sytuacji kontraktowej?

²⁵⁸ Wystarczy odwołać się do przykładu stosunków profesjonalnych i konsumenckich, gdzie w przypadku tych pierwszych interes gospodarczy odgrywa istotniejszą rolę niż potrzeba uniknięcia nieprzyjemności, stresu czy niewygody. Niewątpliwie te „szczególne kwalifikacje” strony zależne są zatem od roli, w jakiej występuje, i treści stosunku prawnego, a także dalszych motywów, dla których zawiera umowę.

²⁵⁹ *Test of reasonableness.*